Depositum und Mandat

nach römischem Recht.

(Ermittelung der Grenze zwischen den beiden Verträgen und Vergleich derselben in historischer und dogmatischer Beziehung.)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt

von

Ludwig Haedicke

Referendar in Wesel a/Rh.

ACAD. LAUR. BAT. BIBL.

Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1904.

Litteratur.

Arnold, Kultur und Recht der Römer. Berlin 1868.

Asher, Depositumsklagen des klassischen röm. Rechts. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. 22. Giessen 1865.

Baron, Pandekten. 7. Aufl. Leipzig 1890.

Bechmann, Der Kauf. I. Teil. Erlangen 1876.

Bekker, Die Actionen des röm. Privatrechts. I. u. II. Bd. Berlin 1871.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. I., II. u. IV. Bd. Erlangen 1874.

Carlebach, Die actio mandati. Leipzig 1896.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte. Freiburg 1897.

Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des röm. Rechts. 5./6. Aufl. Wien 1902.

Degenkolb, Zur Lehre vom Vorvertrag. A. C. Pra. Bd. 71. Freiburg 1887.

Derselbe, Ein pactum fiduciae. Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 9. Weimar 1870.

Demelius, Besprechung von Jhering's „Geist des r. R." Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 10. München 1868.

Dernburg, Pandekten, 6. Aufl. I. u. II. Bd. Berlin 1900.

Derselbe, Pfandrecht. I. Bd. Leipzig 1860.

Derselbe, Geschichte und Theorie der Kompensation. 2. Aufl. Heidelberg 1868.

Eisele, Die Haftung des Mandanten für den Schaden des Mandatars. A. C. Pra. Bd. 84. Freiburg 1896.

Geib, Actio fiduciae und Realvertrag. Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd 8. Weimar 1887.

Gesterding, Über die Widerruflichkeit des Auftrages. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. 15. Giessen 1841.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Teil XV. Göttingen 1813.

Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. 2. Aufl. II. Bd. Göttingen 1843.

Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten. Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 7. Weimar 1886.

Hasse, Die Culpa des röm. Rechts. 2. Aufl. Bonn 1838.

Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts. III. Bd. Leipzig 1864.

Huschke, Kritische Bemerkungen zum vierten Buche der Institutionen des Gaius. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissensch. Bd. 13. Berlin 1846.

Derselbe, Über die usureceptio fiduciae. Ebendas. Bd. 14. Berlin 1848.

Jhering, Geist des röm. Rechts. 3. Aufl. II. Bd. Leipzig 1873.

Derselbe, Das Schuldmoment im röm. Privatrecht. Vermischte Schriften S. 155 ff. Leipzig 1879.

Derselbe, Unsere Aufgabe. Jahrb. f. Dogm. Bd. 1. Jena 1851.

Derselbe, Schadensersatz bei nichtigen Verträgen. Ebendas. Bd. 4. Jena 1861.

Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte. II. Bd. Leipzig 1901.

Derselbe, Röm. Civilprozess. Berlin 1872.

Keller, Pandekten. 2. Aufl. II. Bd. Leipzig 1867.

Koch, Das Recht der Forderungen. 2. Aufl. III. Bd. Berlin 1859.

Krüger, Kritische Versuche im Gebiet des röm. Rechts. Berlin 1870.

Kuntze, Kursus des röm. Rechts. Leipzig 1869.

Lenel, Das edictum perpetuum. Leipzig 1883.

Maschke, Die Haftung des Mandanten für den dem Mandatar bei Ausübung des Mandats erwachsenen Schaden. A. C. Pra. 85. Bd. Freiburg 1896.

Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht. 2. Heft. Braunschweig 1879.

Derselbe, Die römischen Anfänge von Kauf und Miete. Zeitschr. der Sav.-Stift. Bd. 6. Weimar 1885.

Oertmann, Die fiducia im röm. Privatrecht. Berlin 1890.

Pernice, M. Antistius Labeo. I. u. III. Bd. Halle 1873, 1892.

Derselbe, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach r. R. Weimar 1867.

Puchta, Kursus der Institutionen. 5. Aufl. III. Bd. Leipzig 1866.

Derselbe, Pandekten. 10. Aufl. Leipzig 1866.

Regelsberger, Vorverhandlungen bei Verträgen. Civilrechtl. Erörterungen. 1. Heft. Weimar 1868.

Rudorff, Über die bätische Fiduciatafel. Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 11. Weimar 1872.

Savigny, Das Recht des Besitzes. 6. Aufl. Giessen 1837.

Schilling, Institutionen und Geschichte des röm. Privatrechts. III. Bd. Leipzig 1846.

Schneider, Depositum und Mandat. Erlang. Diss. Essen 1899.

Schweppe, Das röm. Privatrecht. III. Bd. Göttingen 1831.

Seuffert, Praktisches Pandektenrecht. 4. Aufl. Würzburg 1860.

Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. 3. Aufl. II. Bd. Leipzig 1868.

Sohm, Institutionen. 8./9. Aufl. Leipzig 1899.

Ubellohde, Geschichte der benannten Realkontrakte. Marburg 1870.

Unger, Handeln auf fremde Gefahr. Jahrb. f. Dogm. Bd. 33. Jena 1894.

Unterholzner, Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen. II. Bd. Leipzig 1840.

Voigt, Das Civil- und Kriminalrecht der XII Tafeln. Leipzig 1883.

Derselbe, Römische Rechtsgeschichte. I. Bd. Leipzig 1892.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. II. Bd. Frankfurt a. M. 1900.

Zimmern, Über den nach des Mandatars Tode zu vollziehenden Auftrag. A.C.Pra. Bd. 3. Heidelberg 1821.

Einleitung.

Das Verwahren einer Sache kann nach römischem Rechte Gegenstand zweier Verträge sein. Der eine von ihnen, das depositum, ist ausschliesslich auf den gedachten Zweck gerichtet; es übernimmt hier der eine Kontrahent die Verpflichtung, eine ihm von dem anderen übergebene Sache aufzubewahren und künftighin zurückzugeben (l. 1 pr. l. 6 D. depositi 16,3 „quod custodiendum reddendumque traditur"). Der andere der beiden Verträge, das mandatum, ist weit vielseitigerer Verwendung fähig; er verpflichtet nämlich ganz allgemein die eine Partei, für die andere in vereinbarter Weise tätig zu werden. Diese Tätigkeit muss eine erlaubte (§ 7 J. de mandato 3,26; l. 6 § 3 l. 22 § 6 D. mandati 17,1) und eine erst noch zu verrichtende (l. 12 § 14 eod.) sein, im übrigen ist es gleichgültig, welchen Inhalt sie hat; derselbe kann rechtlicher, aber auch rein tatsächlicher Natur (z. B. § 13 J. de mandato 3,26) sein, mithin auch die Verwahrung einer Sache bezwecken. In dieser letzteren Funktion, für welche man den Ausdruck mandatum custodiae oder rei custodiendae geprägt hat, nähert sich das Mandat

dem Depositum. Beide Kontrakte stimmen in vielen Punkten völlig mit einander überein, weichen aber andererseits auch in zahlreichen wesentlichen Beziehungen von einander ab; es dürfte daher von Wichtigkeit sein, die Grenze zwischen ihnen zu ziehen, festzustellen, wann der eine und wann der andere von ihnen vorliegt. Die Ermittelung dieser Grenze wird den ersten Teil unserer Darstellung bilden; der zweite Teil wird dann eine vergleichende Gegenüberstellung der beiden Verträge bringen und zu zeigen versuchen, welche Konsequenzen sich ergeben, je nachdem im einzelnen Falle das eine oder das andere Rechtsverhältnis als vorliegend angenommen wird.

Erster Teil.

Die Legaldefinition für den Verwahrungsvertrag bietet l. 1 pr. D. dep. 16,3: „depositum est quod custodiendum alicui datum est.“ Es bezeichnet hier depositum die zur Aufbewahrung gegebene Sache, während an anderen Stellen der gleiche Ausdruck ebenso wie das synonyme depositio für den Vertrag selbst gebraucht wird. Über das Wesen des in Rede stehenden Kontraktes herrscht nun in der Litteratur eine grosse Controverse, deren Kernpunkt in der auseinandergehenden Auffassung über die von dem Depositar zu machende Leistung, das „custodire“ der Quellen, liegt. Die einen Autoren nehmen nämlich an, der Depositar verpflichte sich nur, „seinen Raum zu dem Ende zu gewähren, damit die Sache bewahrt sei,“ [a] „die Sache in seinem Gewahrsam stehen zu lassen.“ [b] Einzelne [c] gehen noch weiter und konstruieren die Verpflichtung des Verwahrers als eine rein negative; sie besteht nach

a) Windscheid a. a. O. § 377 Anm. 1; Seuffert a. a. O. § 316 Anm. 3.

b) Puchta Pand. § 321, Inst. § 272.

c) Koch a. a. O. S. 441 ff.

ihrer Auffassung nur darin, dass er die Sache in seinem Gewahrsam dulden und später wieder zurücknehmen lassen müsse. Demgegenüber sind nun andere Schriftsteller[a] der Meinung, dass die Übernahme einer Sache in Verwahrung sich nicht erschöpfe in der Gewährung eines Raumes, sondern dass sie dem Depositar auch eine gewisse positive Tätigkeit auferlege. Eine vermittelnde Ansicht[b] endlich bestimmt die Verpflichtung des Depositars dahin, dass er die aufzubewahrende Sache „unter die seinigen aufzunehmen, sie eines schon bestehenden Verschlusses oder einer sonst schon vorhandenen Beaufsichtigung teilhaftig werden zu lassen habe." Die Verfechter derselben bestreiten also nur, dass sich der Depositar der Verwahrung der ihm anvertrauten Sache besonders widmen müsse, geben aber zu, dass er unter Umständen auch eine gewisse positive Tätigkeit schuldig sei. Das zeigt sich auch darin, dass dieselben mit den unter[a] Citierten für den Fall der l. 1 §§ 8—10 D. depositi 16,3; § 13 J. de mandato 3,26, dass nämlich ein Entgelt für die Verwahrung vereinbart ist, locatio conductio operarum annehmen, während diejenigen, welche jegliche Verwahrungstätigkeit des Depositars leugnen, hier konsequenterweise locatio conductio rei, Miete des Raumes der Aufbewahrung, konstruieren müssen.

Die ganze Streitfrage beruht, wie schon an-

---

a) Dernburg Pand. § 92; Crome a. a. O. S. 458; Brinz a. a. O. Bd. II § 268; Kuntze a. a. O. § 677.

b) Keller a. a. O. § 306; Göschen a. a. O. § 483 I Hasse a. a. O. S. 368; Unterholzner a. a. O. § 656 II.

gedeutet, auf der abweichenden Bedeutung, welche man dem Worte custodia, custodire beilegt. Wir werden deshalb zunächst an der Hand der Ausführungen von Hasse[a] und Brinz[b] die verschiedenen Bedeutungen klarlegen, welche der genannte Ausdruck in den Quellen hat. Im eigentlichen und ursprünglichen Sinne besagt custodia weiter nichts als Beaufsichtigung, Obhut, Gewährung von Schutz gegen jede von aussen herantretende Gefährdung. Custodire in dieser Bedeutung ist nichts anderes als eine gewisse Richtung des menschlichen Handelns (custodiendi actus) und kann wie jedes andere facere den selbständigen und alleinigen Inhalt einer Obligation bilden; und das ist der Fall bei dem Depositum. Daneben aber hat custodia noch eine engere, „technische" Bedeutung, in welcher sie in den Quellen regelmässig, aber nicht immer gebraucht wird, nämlich die der custodia diligens, der summa diligentia in custodiendo. Es ist dies die Haftbarkeit des Schuldners für alle Ereignisse, welche durch gesteigerte persönliche Obhut und Fürsorge hätten abgewendet werden können, so dass er nur für damnum fatale, vis maior und casus cui resisti non potest nicht einzustehen braucht.[c] Das ist überhaupt gar keine eigentümliche Art der menschlichen Tätigkeit wie oben, sondern ein besonders hohes Mass von Sorgfalt, welches bei einer Tätigkeit angewendet werden muss; custodia in

---

a) Hasse a. a. O. S. 281 ff., 336 ff.
b) Brinz a. a. O. Bd. II § 268.
c) Windscheid a. a. O. § 264 Anm. 9.

diesem Sinne kann als solche nicht den Inhalt einer Obligation darstellen, vielmehr nur eine Modalität im sonstigen Inhalt. Wir können uns also sehr wohl einen Vertrag denken, nach welchem der eine Teil eine Sache mit custodia (im technischen Sinne) zu custodire (im vulgären Sinne) hat. In der Regel aber geht die Verpflichtung des Depositars zur Sorgfalt bei Ausübung der Verwahrungstätigkeit nicht so weit, und es erklärt sich ganz ungezwungen, § 17 J. de obl. quae ex del. 4,1, welcher ja auf den ersten Blick für das Fehlen jeder Verwahrungstätigkeit zu sprechen scheint. Der Satz „sed et is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat" besagt eben weiter nichts, als dass der Depositar für custodia im technischen Sinne nicht einzustehen braucht,[a] bezieht sich also nur auf die Haftung, nicht auf die Leistung desselben.

Die Verfechter der Ansicht, dass die Leistung des Depositars sich in der Gewährung eines Raumes erschöpfe, stützen sich zum Beweise derselben auf das Wort „deponere, hinterlegen", das allerdings wohl an ein blos passives Verhalten des Depositars denken lässt. Aber der in den Quellen ganz gleichbedeutend (l. 186 D. de verb. signif. 50,16) gebrauchte Ausdruck „commendare, anvertrauen, zur Bewachung anempfehlen" gewährt für eine solche Deutung durchaus keinen Anlass. Endlich findet sich in den Quellen, wenn auch vereinzelt (l. 1 § 8 l. 22 D. depositi 16,3) noch die Bezeichnung rem servandam

a) Vgl. Glück a. a. O. S. 141; Sintenis a. a. O. § 112 Anm. 2; Schilling a. a. O. § 273 Anm. b.

dare, welche, wie Karlowa[a] nachweist, die alte zivilrechtliche Benennung des Verwahrungsvertrages darstellt. Die Unterscheidung, welche Paulus sent. II, 12 § 2 macht: „depositum est quasi diu positum; servandum est, quod ad breve tempus custodiendum datur" entspringt wohl nur dem Bemühen, eben eine Unterscheidung zu finden, und verkennt, dass das Vorhandensein zweier Ausdrücke nur auf einen geschichtlichen Grund zurückzuführen ist; vielmehr dürfen wir dieselben wohl als ganz synonym betrachten. Jedoch auch „servare, in Verwahrung halten" dient durchaus nicht zur Unterstützung obiger Ansicht, lässt sich vielmehr mit gleichem Recht auch zum Beweise unserer Meinung, dass eine gewisse Tätigkeit sehr wohl mit dem Begriff des Depositum vereinbar ist, herbeiziehen.

Nun sprechen aber zu gunsten der letzteren eine Reihe rein tatsächlicher Erwägungen. Es kann doch gewisslich auch jemandem, der über gar keinen Raum verfügt, eine Sache zur Verwahrung gegeben werden;[b] wollte man auch in diesen Fällen Mandat annehmen, so würde der Begriff des Depositum doch wohl allzu eng umgrenzt sein. Die Hinterlegung eines Pferdes oder eines Sklaven (l. 1, § 5 D. depositi 16,3), welche in den Quellen als unzweifelhaftes Depositum behandelt wird, verbindet doch sicherlich nicht nur zur Gewährung eines Raumes. Es wird vielmehr hier wie in anderen Fällen der Depositar eine gewisse Pflege und Tätigkeit entfalten müssen,

a) Karlowa Rechtsgesch. S. 602.
b) Vgl. Karlowa a. a. O. S. 605.

wenn anders er in der Lage sein soll, das ihm Anvertraute jederzeit unversehrt, wie es doch seine Pflicht ist (l. 1 § 16, l. 34 eod.), dem Deponenten zurückzugeben.

Aus dem Gesagten dürfte wohl mit Sicherheit hervorgehen, dass wenigstens in vielen Fällen der Inhalt des Depositum sich nicht in der blossen Gewährung eines Raumes erschöpft, sondern dass derselbe auch eine gewisse positive Verwahrungs- und Erhaltungstätigkeit des Depositars umfassen kann. Welchen Umfang diese Tätigkeit annnehmen kann, ohne dass dadurch das Wesen des Vertrages verletzt wird, das werden wir weiter unten zu erörtern haben, denn darin liegt u. E. die Beantwortung der Frage nach der Grenze zwischen Depositum und Mandat.

Zuvor aber wollen wir unsere Aufgabe noch näher präzisieren, dadurch dass wir diejenigen Fälle ausscheiden, in denen sicherlich ein Depositum nicht vorliegt, vielmehr unzweifelhaft Mandat resp. ein sonstiger Kontrakt anzunehmen ist, Fälle, welche also für unsere Untersuchung nicht in betracht kommen können.

Bei dem Depositum ist das Aufbewahren der übergebenen Sache der unmittelbare und ausschliessliche Zweck, es liegt dieser Vertrag also nur dann vor, wenn etwas, wie es Brinz[a] sehr präzis ausdrückt, custodiendum datum, nicht auch wenn

a) Brinz a. a. O. Bd. II § 317 Anm. 3.

es perferendum, tradendum oder recipiendum datum ist. Nach dem Zeugnis der Quellen ist also kein Depositum, sondern Mandat anzunehmen, wenn man jemandem die Weisung gibt, eine Sache zu einem Dritten zu bringen, damit dieser sie verwahre (l. 1 § 11 D. depositi 16,3), wenn man jemandem eine Sache anvertraut, damit er dieselbe zu einem Dritten bringe und erst, falls dieser sie nicht zur Verwahrung annähme, sie selbst verwahre (l. 1 § 12 eod), wenn man endlich jemanden ersucht, sich eine Sache von einem Dritten zu holen und sie zu verwahren (l. 1 § 13 eod). In diesen Fällen ist eben der Zweck der Vereinbarung nicht lediglich auf die Verwahrung der Sache gerichtet, wie es erforderlich wäre, um ein Depositum als vorliegend annehmen zu dürfen; vielmehr wird neben der Obhut noch eine andere nicht in das Gebiet derselben fallende Tätigkeit gefordert, daher „plenius est mandatum, habens et custodiae legem".

Das Gleiche gilt, wenn bei Gelegenheit eines anderen Vertrages zur Ermöglichung seiner Ausführung eine Sache in Verwahrung gegeben wird; es ist dann der Hauptkontrakt auch massgebend für die Beurteilung der aus der Verwahrung sich ergebenden Rechtsverhältnisse, „unius cujusque enim contractus initium spectandum est et causa". Vertraut man also z. B. seinem Prozessbevollmächtigten zum Zwecke der Führung des Rechtsstreits Urkunden an, so kann man dieselben nicht mit der actio depositi, sondern muss sie mit der actio mandati zurückverlangen (l. 8 pr. D. mandati

17,1). Ersucht man einen Sachverständigen unter Hingabe einer Sache dieselbe abzuschätzen oder sich sonst gutachtlich über sie zu äussern, so wird damit ein Innominatkontrakt, der allerdings, wie die Quellen sagen, „prope depositum accedit", dem Verwahrungsvertrage nahe verwandt ist, begründet; die Klage auf Restitution ist also wiederum nicht die actio depositi, sondern je nach der Lage des Falles die actio praescriptis verbis, die condictio u. s. w. (l. 17 pr. D. de praescr. verb. 19,5). In ganz ähnlicher Weise kann eine Verwahrung sich auch noch bei anderen Verträgen z. B. Kommodat, Pfandkontrakt u. s. w. finden, ohne dass darum etwa ein Depositum vorläge. Alle die bisher aufgezählten Fälle scheiden somit von vorne herein für unsere Betrachtung aus, da bei ihnen die Frage nach der Grenze zwischen Depositum und Mandat garnicht auftaucht, weil beim Vorliegen eines solchen Tatbestandes unzweifelhaft Mandat resp. ein sonstiger Kontrakt, niemals aber Depositum gegeben ist.

Gegenstand des Depositum kann nach herrschender Meinung[a] nur eine bewegliche Sache sein, indessen ist von einzelnen Schriftstellern[b] auch die Ansicht vertreten worden, dass auch an einer Immobilie ein Verwahrungsvertrag möglich sei; jedoch spricht mancherlei gegen dieselbe. Zunächst das Wort deponere; denn nach der von Ulpian (l. 1

a) Windscheid a. a. O. § 377 Anm. 4; Baron a. a. O. § 277; Glück a. a. O. § 939; Schilling a. a. O. § 272; Sintenis a. a. O § 112 Anm. 8 u. a.

b) Dernburg Pand. Bd. II § 92. Die bei Glück a. a. O. § 939 Note 16 Citierten (Walch, Lauterbach, Voet u. a.)

pr. D. depositi 16,3) gegebenen Etymologie desselben bedeutet die Vorsilbe „de“ nur eine Verstärkung des ponere, dieses aber schliesst doch wohl den Begriff der räumlichen Bewegung in sich, wie er nur bei einer beweglichen Sache denkbar ist. Doch mag auf diesen sprachlichen Beweis kein allzu hohes Gewicht gelegt werden, zumal das in den Quellen völlig gleichbedeutend gebrauchte „commendare“ mindestens ebenso gut auch auf Grundstücke passen würde. Ein weit triftigerer Grund dagegen ist der, dass in den Quellen sich kein Beispiel eines Depositum an einer unbeweglichen Sache findet, denn in all den Fällen, auf welche man sich zur Unterstützung der Annahme eines solchen berufen hat, entspringt die custodia über eine res soli einem anderen rechtlichen Verhältnisse. Bei der l. 11 D. de peric. et commod. rei vend. 18,6 ergibt sich die Pflicht, das Gebäude zu „custodire“, nicht etwa aus einem besonderen Verwahrungsvertrage, sondern es ist die custodia gemeint, für welche jeder Käufer vor der Tradition aus dem Kaufkontrakt haftet, also in dem oben definierten technischen Sinne. Die zweite hierhin gehörige Stelle ist l. 38 pr. D. de damno infecto 39,2; hier hat der Verkäufer eines Hauses für die Dauer seiner Abwesenheit dem Käufer vorläufig das precarium an dem Hause eingeräumt; wiederum ist es nicht die Tätigkeit des custodire wie beim Depositum, die der Käufer üben soll, sondern er soll bei der Bewachung und Instandhaltung des Hauses mit ganz besonderer Sorgfalt (custodia im technischen Sinne) zu Werke gehen

und auch dementsprechend haften. Analoges gilt denn auch für den Fall l. 3 § 23 D. de acquir. vel amitt. poss. 41,2, wo der Gläubiger durch obrigkeitliches Dekret „rei servandae causa vel quia damni infecti non caveatur“ in den Besitz eines Grundstückes eingewiesen ist. Die Stelle l. 1 C. de repud. vel abstin. hered. 6,31 endlich bietet ebenfalls keinen Beweis für ein Depositum an einer res soli; der rechtliche Grund, aus welchem der Sohn, welcher die väterliche Erbschaft ausgeschlagen hat, als „custos“ das zur Erbschaft gehörige Haus bewohnt, ist aus dem Wortlaut nicht ersichtlich, dass es gerade ein Depositum sein soll, ist blosse Vermutung. Zum Schlusse möchten wir noch Paulus sent. II, 12 § 7 gedenken, eine Stelle, welche die westgotische Interpretation zu der Annahme eines Depositum an einer Immobilie veranlasst hat; der Jurist sagt hier, dass dem judicium depositi auch die fructus unterliegen, und der Verfasser der Interpretation begeht nun den Irrtum anzunehmen, dass nur Grundstücke Früchte tragen können, während es doch fructus naturales [a] auch bei Tieren und fructus civiles auch bei anderen beweglichen Sachen gibt. Also ebenfalls kein Beweis für die Behauptung eines Depositum an einer unbeweglichen Sache. Gegen dieselbe spricht endlich noch ein Drittes, dessen volle Bedeutung wir aber erst unten darlegen können. Grundstücke, namentlich wenn sie bebaut oder bepflanzt sind, erfordern zu

a) Der Kürze wegen bedienen wir uns hier der gemeinrechtlichen Ausdrücke fructus naturales und civiles, welche in den Quellen nicht vorkommen (vgl. l. 36 D de usur. 22,1 l. 39,1 de legat. 1 (30) l. 83 pr. D. de legat. 3 (32) l. 29 D. de hered. pet. 5,3

ihrer Bewachung und Instanderhaltung eine so umfangreiche Tätigkeit, wie sie in dem custodire des Depositum u. E. nicht enthalten ist. Mit dem Gesagten dürften wir wohl hinlänglich bewiesen haben, dass es im römischen Rechte ein Depositum an einer Immobilie nicht gibt, dass vielmehr in allen Fällen, wo es sich um die Bewachung eines Grundstückes handelt, sofern diese unentgeltlich geleistet wird, Mandat anzunehmen ist.

Das Wort mandatum hat im römischen Rechte eine doppelte Bedeutung. Einerseits deckt es sich mit unserem Worte „Auftrag" und bezeichnet die vertragsmässige Verpflichtung, für einen anderen etwas zu tun, betrifft also das Innenverhältnis zwischen dem Mandanten und dem Mandatar. Andererseits entspricht es dem deutschen Ausdruck „Vollmacht" und bedeutet die Ermächtigung, etwas für einen anderen tun zu dürfen, bezieht sich somit auf das Aussenverhältnis zwischen den beiden Kontrahenten und einem Dritten. Dass für unsere ganze Abhandlung nur der erstere Begriff in Frage kommen kann, bedarf wohl kaum der Erwähnung.

An dieser Stelle wäre es endlich noch am Platze, der beiden Unterarten des Depositum, des depositum irregulare und der sequestratio, zu gedenken, deren nähere Betrachtung der zweite Teil bringen wird. Ersteres liegt dann vor, wenn vertretbare Sachen, insbesondere Geld in der Weise als Depositum gegeben werden, dass der Depositar nicht in specie, sondern tantundem eiusdem generis zurückzugeben hat. Derselbe erhält hier nicht nur

die Detention, sondern Besitz und Eigentum an den hinterlegten Sachen und kann, unbeschadet der Pflicht zur Restitution, mit denselben nach Belieben verfahren. Eben weil der Empfänger hier vollkommen freie Hand hat, wird die Frage, ob hier unter Umständen ein Mandat anzunehmen sein würde, gar nicht auftauchen; es nähert sich das depositum irregulare vielmehr einem anderen Realkontrakte, dem mutuum. Jedenfalls aber scheidet es zunächst für den Kreis unserer Betrachtungen aus.

Anders das sequestrum, die sequestratio. Es ist dies der Fall, dass eine Hinterlegung sei es freiwillig (sequestratio voluntaria), sei es auf Befehl des Prätors (s. necessaria) von mehreren Personen gemacht wird, um die Sache einstweilen der Verfügung aller zu entziehen, was namentlich dann geschieht, wenn die Sache von mehreren in Anspruch genommen wird. Hier erhebt sich, wie l. 9 § 3 D. de dolo malo 4,3 zeigt, ebenso wie beim gewöhnlichen Depositum die Frage, wo die Grenze gegenüber dem Mandat liegt. Unsere ganzen Ausführungen über diese Grenze gelten also auch für die Sequestration,[a] insbesondere ist dann, wenn ein Sequester für ein Grundstück bestellt wird, stets Auftrag anzunehmen. Der Ausdruck sequestratio wird übrigens auch dann gebraucht, wenn ein Mandat oder wegen Entgeltlichkeit ein Mietvertrag resp. Innominatkontrakt vorliegt.

Somit konzentriert sich unsere Aufgabe auf die

a) Vgl. Sintenis a. a. O. § 112 Anm. 59; Windscheid a. a. O. § 380; Schilling a. a. O. § 275 Note f. u. a.

Frage: Wo liegt die Grenze zwischen dem depositum regulare nebst dem sequestrum und demjenigen Mandat, welches ausschliesslich die Verwahrung einer beweglichen Sache zum Gegenstand hat, dem mandatum rei custodiendae?

Hier zeigen sich nun die Wirkungen der verschiedenartigen Auffassung über den Begriff des Depositum. Nimmt man mit den oben (Seite 11 Anm. 1) zitierten Schriftstellern an, dass das Wesen des genannten Vertrages sich in der Gewährung eines Raumes erschöpft, dann ist die Scheidung zwischen Depositum und Mandat leicht gegeben. Verpflichtet sich nämlich der Empfänger der Sache zu einer gewissen, und sei es auch nur der geringsten positiven Tätigkeit, dann liegt schon sofort Mandat vor; dies spricht z. B. Puchta[a] ganz kurz aus mit den Worten: „durch weitere Obliegenheiten (als das Stehenlassen im Gewahrsam), die er übernimmt, wird der Vertrag zum Mandat". Doch wir glauben, dass eine solche Umgrenzung des Depositum zu eng ist, wie denn die ganze Begriffsbestimmung, welche die Genannten unserem Kontrakte geben, u. E. dem Wesen desselben nicht gerecht wird.

Stellt man sich nun auf den anderen Standpunkt, dass das Depositum den Verwahrer zu einer gewissen positiven Tätigkeit verpflichtet, dann ergeben sich grosse Schwierigkeiten bei der Beantwortung der Frage, wo das Depositum aufhört und das Mandat anfängt. Man hat die Grenze zwischen

a) Puchta Pand. § 321.

beiden in der Verschiedenartigkeit der Haftung zu finden geglaubt; aber wohl mit Unrecht. Die Haftung ist nicht das Primäre, das das Wesen des Vertrages Bestimmende, sondern das Sekundäre. Nicht weil die Haftung so oder so ist, liegt Depositum oder Mandat vor, sondern weil Depositum, weil Mandat vorliegt, ist die Haftung in dieser oder jener Weise geregelt. Das zeigt sich deutlich darin, dass beim Depositum die Haftung des Depositars durch Parteivereinbarung auch auf leichte Fahrlässigkeit, ja sogar auf Zufall ausgedehnt werden kann (vgl. S. 92), ohne dass dadurch das Wesen des Vertrages eine Änderung erfährt. Denn angenommen den ganz unbestrittenen Fall eines Depositum, dass jemand blos einen Raum zur Aufbewahrung gewährt, so wird doch sicherlich daraus kein Mandat dadurch, dass der Empfänger auch die Haftung für culpa levis übernimmt, also ebenso wie ein Mandatar haften soll.

Auf die verschiedene Haftung lässt sich mithin eine Unterscheidung der beiden Verträge nicht gründen; dieselbe liegt vielmehr u. E. in der vom Empfänger der zu verwahrenden Sache zu leistenden Tätigkeit, und zwar nicht in der Qualität derselben, sondern in der Quantität. Am besten glauben wir diesen Gedanken mit den Worten Dernburgs[a] aussprechen zu können: „Das Depositum bezweckt Verwahrung; wird aber besondere, über das Gewöhnliche hinausgehende Bewachung versprochen, so ist das Geschäft Mandat.“ Der

a) Dernburg Pand. § 92.

Umfang der Tätigkeit des Verwahrenden lässt sich objektiv und subjektiv bemessen. Zunächst objektiv: ist die zu verwahrende Sache eine solche, dass ihre Erhaltung im unversehrten Zustande von jedermann einen bedeutenden Aufwand von Tätigkeit verlangt, dann liegt Mandat vor. Das ist namentlich der Fall, wenn es sich um Grundstücke, insbesondere solche, welche bebaut oder bepflanzt sind, handelt, weshalb wir dies oben (S. 20 f.) auch als einen Grund anführten, welcher gegen die Annahme eines Depositum an einer Immobilie spricht. Aber auch dann ist Mandat anzunehmen, wenn die Verwahrung nur dem Empfänger eine über das custodire hinausgehende Tätigkeit auferlegt, während sie anderen Personen nur eine geringe Mühewaltung bringen würde, wenn also nur subjektiv die Verwahrungstätigkeit eine bedeutende ist. Als Beispiel möchten wir hierfür anführen den Fall, dass man jemandem ein Pferd für einige Zeit zur Verwahrung gibt; ist der Verwahrer selbst Besitzer von Pferden, dann ist wohl Depositum gegeben, ist er dagegen ein Landwirt, der nur Rindvieh in seinen Ställen hat, dann dürfte wohl Mandat vorliegen. Hiermit kämen wir zu der Begriffsbestimmung, welche Unterholzner, Keller, Göschen, Hasse u. a (vgl. S. 12 Anm. b) dem Depositum geben; diese Schriftsteller sehen, wie schon erwähnt, den Unterschied zwischen Depositum und Mandat darin, dass bei ersterem der Verwahrende die Sache unter die seinigen aufnimmt und sie der gleichen Obhut teilhaftig werden lässt, während der Mandatar aus der

Verwahrung ein eigenes Geschäft macht. Diese Unterscheidung dürfte in den meisten Fällen zutreffen, aber doch nicht allen Eventualitäten gerecht werden. Es lassen sich doch sehr wohl Fälle denken, in welchen der Verwahrende die Sache nicht unter die seinigen aufnimmt, sondern sich ihrer Obhut besonders widmet, weil er Sachen dieser Art garnicht hat, und wo dennoch wegen des objektiv und subjektiv geringen Umfanges der zu leistenden Tätigkeit Depositum anzunehmen ist. Die Stellung des Depositars ist eben eine ganz andere als die des Mandatars. Ersterer hat nur die Aufgabe, die Sache unversehrt zu erhalten, sodass sie dem Deponenten auf dessen Verlangen jederzeit zurückgegeben werden kann; der Mandatar dagegen hat die Person des Mandanten zu repräsentieren, er soll so handeln, wie der Mandant in dem betreffenden Falle selbst handeln würde. Darum genügt es oft nicht, dass er die Sache unbeschädigt erhält, sondern er hat sie unter Umständen auch zu verbessern, zu verwerten u. s. w., überhaupt in jeder Hinsicht die Interessen seines Auftraggebers zu verfolgen. Einen trefflichen Beleg hierfür bietet der Fall, dass Geld zur Aufbewahrung gegeben ist. Der Depositar leistet seinen Pflichten vollauf Genüge, wenn er das Geld in den Kasten legt und jederzeit zur Restitution an den Deponenten bereit ist. Anders der Mandatar; dieser hat das Geld, auch wenn es ihm nicht ausdrücklich zum Ausleihen übergeben ist, dennoch verzinslich anzulegen, sofern er annehmen muss, dass der Mandatar in diesem Falle ein Gleiches tun würde; unterlässt er dies, so verletzt er damit

die vertraglich übernommenen Pflichten, denn er hat die Interessen seines Auftraggebers nicht genügend gewahrt, und muss die Zinsen aus eigener Tasche bezahlen (l. 31 § 1 D. de usur. 22,1). Dieses von den Quellen uns gegebene Beispiel ist ebenso wie die Haftung nur das Sekundäre; weil in dem betr. Falle Mandat vorliegt, hat der Empfänger des Geldes die Verpflichtung zur nutzbringenden Verwendung desselben. Wir aber ziehen daraus den Rückschluss und sagen: wird Geld übergeben, lediglich zu dem Ende es aufzubewahren, dann liegt Depositum vor; wird dagegen dem Empfänger zur Pflicht gemacht, das Geld zunächst auch nur zu verwahren, unter Umständen aber, z. B. im Falle einer günstigen Geschäftslage, dasselbe im Interesse des Hingebenden verzinslich zu verwerten, so ist Mandat anzunehmen. All das Gesagte gilt, wie oben (S. 22) schon angedeutet, auch für die Sequestration; der Sequester wird bald die Rechtsstellung des Depositars und bald die des Mandatars haben, je nachdem er die ihm anvertraute Sache nur verwahrt oder aber auch verwaltet, ihr überhaupt eine über das custodire hinausgehende Aufmerksamkeit widmet.[a]

Fassen wir das Ergebnis unserer bisherigen Betrachtungen kurz zusammen, so zeigt sich, dass sich eine absolute, allgemein gültige Grenze zwischen Depositum und Mandat überhaupt nicht ziehen lässt, dass es vielmehr quaestio facti ist, ob der eine oder der andere der beiden Verträge vorliegt. „Die Ver-

a) Dernburg Pand. § 92 a. E.

wahrung ist eben eine Tätigkeit, welche je nach den Umständen verschiedene Massnahmen des Unternehmers veranlassen kann."[a] Nimmt diese Tätigkeit aber einen solchen Umfang an, dass sie über den Begriff der Obhut hinausgeht, dann liegt Mandat vor. Der Charakter der beiden Verträge ist ein ganz verschiedener: „Das Depositum erfordert nur Treue in der Verwahrung der Sache, das Mandat dagegen Fleiss und Geschicklichkeit bei Ausrichtung des übernommenen Geschäftes."[b] Jedenfalls kann, um mit Hasse[c] zu reden, die Grenze zwischen den beiden Kontrakten unter Umständen so in einander laufen, dass man sie kaum von einander zu unterscheiden vermag, und zwar gilt das nicht nur bezüglich der zu leistenden Tätigkeit, auf deren Gebiet u. E. allein die Grenze zu suchen ist, sondern, wie jetzt im zweiten Teil gezeigt werden soll, auch hinsichtlich zahlreicher anderer Punkte.

a) Crome a. a. O. S. 457.
b) Glück a. a. O. S. 265.
c) Hasse a. a. O. S. 370.

Zweiter Teil.

A.

Bevor wir aber die beiden Rechtsinstitute in der Form, in welcher sie uns in den justinianischen Quellen entgegentreten, vergleichend gegenüberstellen, wollen wir kurz ihre geschichtliche Entwickelung schildern. Diese ist noch durchaus nicht völlig geklärt und stellt zahlreiche Probleme, welche noch der Lösung harren, und vielleicht auch unlösbar sind. Unsere Aufgabe kann es natürlich nur sein, die verschiedenen Meinungen in möglichster Prägnanz anzuführen und nach denselben den Werdegang der beiden Kontrakte kurz zu skizzieren.

I. Im engen Zusammenhang mit dem depositum steht die fiducia, deren Entstehungsgeschichte und Wesen aber ebenfalls noch sehr umstritten ist. Was zunächst ihr Alter anlangt, so sind die einen Autoren der Ansicht, dass sie schon den XII Tafeln[a] oder doch wenigstens der Zeit der den XII Tafeln

a) Voigt XII Taf. S. 166 ff., 475 ff.; Bekker a. a. O. S. 145; Rudorff a. a. O. S. 54; Asher a. a. O. S. 309; Oertmann a. a. O. S. 68; Geib a. a. O. S. 118.

folgenden interpretatio[a] angehöre, während andere[b] wenn auch nicht ihre praktische Anwendung, so doch ihre rechtliche Anerkennung in weit spätere Zeit versetzen wollen. Diese Verschiedenheit der Meinungen über das Alter der fiducia hängt eng zusammen mit den abweichenden Auffassungen über das Wesen derselben Die eine Ansicht[c] betrachtet sie als eine lex mancipationi dicta, eine der mancipatio und (in selteneren Fällen) der in jure cessio beigefügte Nebenabrede, welche mit unter dem Schutze des Zwölftafelsatzes steht: „uti lingua nuncupassit, ita jus esto." Der Manzipant überträgt durch Scheinmanzipation nummo uno resp. durch in jure cessio quiritisches Eigentum auf den Scheinkäufer, aber mit der Verabredung, in bestimmter Weise, „in Treuen" mit der Sache zu verfahren. Diese Nebenberedung findet ihr rechtliches Fundament in der der nuncupatio beigefügten Formel „fidi fiduciae causa", wird also gedeckt durch den oben zitierten Zwölftafelsatz. Der nähere Inhalt der Nebenabrede ist dann in einem formlosen pactum conventum festgesetzt, welches als solches an und für sich nicht klagbar ist, dessen Innehaltung aber durch das in die nuncupatio aufgenommene Versprechen, in Treuen mit der Sache zu verfahren,

---

a) Sohm a. a. O. S. 57 ff.; Pernice a. a. O. Bd. I S. 424; Karlowa a. a. O. S. 569.

b) Ubellohde a. a. O. S. 48 ff.; Lenel a. a. O. S. 233; Bechmann a. a. O. S. 288; Jhering, Geist Bd. II S. 531.

c) Demelius a. a. O. S. 347; Oertmann a. a O. S. 93; Sohm a. a. O. S. 59 f.; Pernice a. a. O. Bd. I S. 424; Geib a. a. O. S. 118; Dernburg Pfandr. Bd. I S. 9 f.

gesichert ist. Dies die eine Meinung; nach ihr wird die fiducia schon möglich gewesen sein von dem Augenblicke an, in welchem die Manzipation zum Scheingeschäft wurde, und zwar wird sie nach dem Gesagten von vornherein rechtlichen Schutz genossen haben. Die andere Ansicht[a] nimmt für die fiducia eine grössere Selbständigkeit in Anspruch. Nach ihr wurde die Fiduziarberedung nicht in die Formel der Manzipation aufgenommen, genoss also auch nicht den Schutz des genannten Zwölftafelsatzes. Als eine ausserhalb des feierlichen Aktes stehende Vereinbarung beruhte ihre Wirksamkeit nur auf der im Falle der Wortbrüchigkeit eintretenden Infamie, eine Klage gab es zunächst nicht. Nach Karlowa[b] haben wir uns diese Beredung zu denken als einseitige Formel, vom Fiduzianten gesprochen und vom Fiduziar stillschweigend angenommen. Perfekt wird dieselbe aber erst durch nachfolgende Eigentumsübertragung mittels mancipatio und in jure cessio, sie gleicht also insofern den Realkontrakten.[c] Mag man sich nun der einen oder der anderen Anschauung anschliessen, sicher ist so viel, dass die fiducia gebunden war an eine mancipatio resp. in jure cessio, dass sie sich nicht etwa auch an eine traditio anlehnen konnte;[d] fraglich ist eben nur, in welcher

a) Jhering, Geist Bd. II S. 531; Degenkolb a. a. O. S. 171 ff.; Bechmanna. a. S. 292; Bekker a. a. O. S. 124; Ubellohde a. a. O. S. 61.

b) Karlowa a. a. O. S. 565 f.

c) Ubellohde a. a. O. S. 56; Geib a. a. O. S. 146; Bechmann a. a. O. S. 292; Karlowa a. a. O. S. 566.

d) Jhering, Geist Bd. II S. 531; Czyhlarz a. a. O. S. 146 Anm.; Krüger a. a. O. S. 58; Oertmann a. a. O. S. 81 ff.; Puchta, Inst. § 274; Dernburg. Pfandr. Bd. I S. 8, 10; Sohm a. a. O. S. 61 Anm. 13 u. a.

Beziehung sie in älterer Zeit zu den beiden genannten Formalakten stand. In späterer Zeit hat dann unstreitig die fiducia eine freiere Entwickelung genommen; sie wurde zu einer formlosen Vereinbarung, die ganz unabhängig war von dem solennen Eigentumsübertragungsakt, zu einem contractus bonae fidei. Dafür bürgt ohne jeden Zweifel die sogen. bätische Tafel,[a] eine dem ersten oder zweiten Jahrh. nach Chr. Geb. angehörige Urkunde über eine mancipatio nummo uno. Gegenstand der fiducia sind zunächst und in erster Linie res mancipi, ob dieselben aber das alleinige und ausschliessliche Objekt derselben gebildet haben, ist bestritten. Einzelne Schriftsteller[b] bejahen dies und beschränken das Rechtsinstitut also auf die genannten Sachen; andere[c] vertreten die gerade entgegengesetzte Anschauung, dass die fiducia in jeder Gestalt auch auf res nec mancipi anwendbar gewesen sei. Die richtige Ansicht,[d] welche auch durch l. 9 § 2 D. de supellectile legata 33,10 offenbar ihre Bestätigung findet, dürfte in der Mitte liegen; sie geht dahin, dass die fiducia mittels mancipatio nur an res mancipi möglich war, dass sie dagegen in Verbindung mit der in jure cessio auch res nec mancipi zum Gegenstand haben konnte. Das Anwendungsgebiet der fiducia war ursprünglich ein ungeheuer grosses; man übertrug eben das

a) Krüger a. a. O. S. 58; Degenkolb a. a O. S. 171 ff.

b) Rudorff a. a. O. S. 101 ff.; Gradenwitz a. a. O S. 46; Mommsen, Sav.-Stift. 6. Bd. S. 272 Anm. 1.

c) Huschke a. a. O. 14. Bd. S. 244; Geib a. a. O. S. 126; dagegen: Dernburg, Pfandr. S. 9 Anm. 5; Puchta, Inst. § 238.

d) Oertmann a. a. O. S 121 f.; Dernburg, Pfandr. S 4.

Eigentum und verknüpfte damit Verabredungen der verschiedensten Art. In der Form der sog. fiducia cum creditore contracta diente sie insbesondere den Zwecken der Verpfändung, in Gestalt der hier uns allein interessierenden fiducia cum amico contracta wurde sie benutzt für die Zwecke der Hinterlegung, der Leihe, des Mandates (vgl. S. 43), des Prozesses u. s. w. Die Verabredung ging gewöhnlich, so auch bei der Hinterlegung, dahin, dass der Empfänger unter gewissen Voraussetzungen die Sache remanzipieren sollte; jedoch konnte ihm auch etwas anderes z. B. Freilassung eines ihm manzipierten Sklaven auferlegt werden. Aber das Institut war doch ein recht schwerfälliges; der Fiduziar bekam das dominium ex jure Quiritium an dem verpfändeten, hinterlegten, geliehenen u. s. w. Gegenstand, und der Fiduziant hatte nur eine allerdings infamierende, persönliche Klage auf Remanzipation, Weiterübertragung, Freilassung u. s. w., während er jedes dingliche Recht an der Sache verlor. Wenig nützte ihm auch die von Gaius II, 59 geschilderte usureceptio welche sich von der regulären usucapio dadurch unterschied, dass sie keine bona fides erforderte und sich auch an res soli in einem Jahre vollendete; vorausgesetzt war für dieselbe natürlich stets, dass der Fiduziant wieder in Besitz der Sache gelangte, immerhin doch ein seltener Fall. So kam es denn, dass die fiducia immer mehr hinter den formfreieren, den Bedürfnissen des intensiveren Verkehrslebens mehr entsprechenden Kontrakten pignus, depositum, commodatum u. s. w. zurücktrat, welche nicht des

umständlichen Aktes der mancipatio und in jure cessio bedurften und dem Verpfänder, Hinterleger, Verleiher u. s. w. das Eigentum an der Sache beliessen. Immerhin fand die fiducia auch in der späteren Kaiserzeit noch, wenn auch beschränkte, Anwendung, und zwar nach Gaius II, 59 sowohl als fiducia cum creditore contracta als auch in der Form der fiducia cum amico contracta. Bezeichnend für die Tatsache, wie selten sie noch speziell für die Zwecke der Hinterlegung benutzt wurde, ist, dass Boëthius (Ende des 5. und Anfang des 6. Jahrh. nach Chr. Geb.) als Beispiel nur den ganz fernliegenden Fall anzuführen weiss, dass jemand in unsicheren Zeiten eine Sache einem amicus potentior anvertraut. Im justinianischen Recht ist dann mit der mancipatio auch die fiducia beseitigt und durch die Worte pignus, depositum, commodatum u. s. w. mit solcher Konsequenz ersetzt worden, dass uns die Quellen einen direkten Aufschluss über das Wesen der fiducia nicht zu bieten vermögen.[a] Was nun die klagbare Geltendmachung der fiducia angeht, so ist die überwiegende Mehrzahl derer, welche für das Rechtsinstitut ein über die lex Aebutia (2. oder 3. Jahrh. v. Chr. Geb.)[b] hinausgehendes Alter in

a) Vgl Gradenwitz a. a. O. S. 46 ff.; Oertmann a. a. O. S. 70; Geib a. a. O. S. 126.

b) Die Entstehungszeit dieser lex ist sehr bestritten; so verlegt sie Puchta, Inst. Bd. I S. 293 in die erste Hälfte des 6. Jahrh. a. u. c., Czyhlarz a. a. O. S. 339 in die erste Hälfte des 7. Jahrh. a. u. c., etwa in die Zeit der Gracchen; Sohm a. a. O. S. 241 nimmt ca. 150 v. Chr. Geb. an; Voigt, röm. Rgesch. Bd. I S. 828 ff. bestimmt einen genaueren Zeitpunkt, nämlich 513—517 a. u. c. usw.

Anspruch nehmen, der Meinung, dass im Legisaktionenprozess hierfür die legis actio per judicis postulationem diente.[a] Im Formularprozess wurde dann eine actio fiduciae, welche bonae fidei war (Gaius IV, 62) gegeben, und zwar sowohl eine directa, als auch unter Umständen eine contraria (Paulus sent. II, 13 § 7); die fiducia zählte mithin zu den contractus bilaterales inaequales. Die directa war infamierend; das zeigt sich auch in der von Cicero de off. III, 17 § 18 uns überlieferten Fassung der Formel: „ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione"; jedenfalls war die actio fiduciae ursprünglich pönaler Natur, eine Deliktsklage wegen Treubruches. Die übrige Fassung der Formel ist nicht sicher gestellt und auch wohl nicht mehr ohne Zweifel zu ermitteln. Während die einen[b] eine formula in jus concepta vermuten, wollen andere[c] eine solche in factum concepta annehmen; die Dritten[d] sind der Ansicht, dass ähnlich wie beim depositum (vgl. S. 38 f.) und commodatum beide Formeln vorhanden waren, sind sich aber über das Altersverhältnis derselben nicht einig, indem bald die formula in jus concepta,[e] bald die in factum concepta[f] als die ältere von beiden angesehen wird.

a) Sohm a. a. O. S. 60 Anm. 12; Oertmann a. a. O. S. 217; Karlowa, Civilpr. S. 143; Voigt a. a. O. S. 475 ff.

b) Karlowa röm. Rgesch. S. 560 ff.; Pernice a. a. O. Bd. III, 1 S. 124.

c) Sohm a. a. O. S. 60 Anm. 12.

d) Lenel a. a. O. S. 233; Geib a. a. O. S. 131 Anm. 7; Oertmann a. a. O. S. 227; Asher a. a. O. S. 310.

e) Oertmann a. a. O. S. 225; Geib a. a. O. S. 131.

f) Asher a. a. O. S. 310; Bekker a. a. O. S. 130.

In welchem Verhältnis steht nun das depositum zur fiducia cum amico contracta? Auch das ist streitig; sicher ist nur, dass eine formlose Hinterlegung als rein tatsächliches, wirtschaftliches Verhältnis schon in den ältesten Zeiten vorkam, dagegen gehen die Meinungen weit auseinander darüber, wann dieses Verhältnis rechtliche Anerkennung und Klagbarkeit fand. Nach der Ansicht der einen Forscher[a] reicht das Rechtsinstitut bis in die XII Tafeln oder doch wenigstens in frühe Zeit zurück, es hätten also fiducia und depositum von von vorne herein neben einander bestanden. Die Genannten stützen sich hierbei auf Paulus sent. II, 12 § 11: „ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum"; doch wohl mit Unrecht. Die vom Juristen gemeinte auf das Doppelte gehende actio depositi tumultus causa war gar keine Kontraktsklage wie die prätorische Klage auf das Einfache, sondern eine Deliktsklage, welche mit der actio furti nec manifesti sehr nahe verwandt[b] oder sogar identisch[c] war, oder welche eine Unterart einer besonderen actio de perfidia bildete.[d] Nur so ist auch die spätere reguläre prätorische Klage auf das simplum verständlich, denn der Prätor wollte doch sicherlich nicht weniger gewähren als das Civilrecht.

a) Karlowa a. a. O. S. 604 ff.; Huschke a. a. O. 13. Bd. S. 276; Bekker a. a. O. S. 143, auch Anm. 33.

b) Puchta, Inst. § 272 Note r; Pernice a. a. O. Bd. I S. 433 f.

c) Jhering, Schuldmom. S. 190; Asher a. a. O. S. 309; Oertmann a. a. O. S. 142.

d) Ubellohde a. a. O. S. 61 ff.

Somit kämen wir denn zu der anderen Meinung,[a] welche dahin geht, dass die actio depositi sich aus der actio fiduciae entwickelt habe. Der Prätor fand die Deliktsklage der XII Tafeln vor und behielt dieselbe für den Tatbestand des depositum miserabile bei, nur dass er sie nach den Regeln der Kontraktsklagen behandelte. Für die weitaus häufigeren Fälle, dass eine Sache nicht aus Not zwecks Hinterlegung formlos hingegeben war, aber schuf er eine neue Kontraktsklage auf Rückgabe, die actio depositi. Beide Klagen, die reguläre actio depositi und die actio depositi tumultus, incendii, naufragii, ruinae causa facti finden wir denn auch noch in den justinianischen Quellen vor (l. 1 § 1 D. depositi 16, 3). Eine Unterstützung findet die zuletzt vorgetragene Anschauung darin, dass Cicero de off. III, 17 § 70 bei der Aufzählung der judicia bonae fidei nur die actio fiduciae, nicht aber auch die actio depositi nennt, und dass er an anderen Stellen der actio depositi nicht unter den actiones famosae Erwähnung tut. Weiterhin spricht für eine späte rechtliche Anerkennung des Depositum, dass die actio depositi sowohl in der tabula Heracleensis (45 v. Chr. Geb.) als auch in dem fragmentum Atestinum (ca. 42 v. Chr. Geb.) bei der Aufzählung der Fälle und Wirkungen der Infamie fehlt. Gegen diese Beweise ist allerdings der Einwand erhoben worden,[b] dass die Aufzählungen bei Cicero nicht erschöpfend

a) Oertmann a. a. O. S. 137; Sohm a. a. O. S. 362; Arnold a. a. O. S. 170; vgl. auch die S. 36 unter b, c und d Citierten.

b) Karlowa a. a. O. S. 602 f.; Bekker a. a. O. S. 145.

seien, und dass die actio depositi ursprünglich garnicht infamierend gewesen, sondern dies erst nach Verdrängung der fiducia cum amico contracta geworden sei; wir glauben jedoch nicht, dass dieser Einwurf gerechtfertigt und somit geeignet ist, die Annahme einer späten Entstehung der actio depositi zu entkräften. Letztere müssten wir nach dem Gesagten etwa in die Zeit Cäsars versetzen. Rasch hat dann das formfreie, dem erweiterten Verkehr der Kaiserzeit angepasste Institut, wie wir oben (S. 33 f.) schon geschildert, der fiducia immer mehr Boden abgewonnen und dieselbe im justinianischen Rechte völlig verdrängt.

Das depositum gehörte ebenso wie die fiducia zu den ungleich zweiseitigen Verträgen, es ging also aus ihm begriffsnotwendig eine actio depositi directa des Hinterlegers, unter Umständen auch eine contraria des Verwahrers hervor; beide Klagen waren actiones bonae fidei, die directa wirkte ausserdem infamierend. Eine Besonderheit, welche die actio depositi mit der actio commodati und vielleicht auch mit der actio fiduciae (S. 35) teilte, war die, dass sie eine Doppelformel hatte, eine formula sowohl in jus als in factum concepta (Gaius IV, 47). Nach den Angaben der Quellen (l. 18 § 1 D. de judiciis 5,1; l. 13 D. de obl. et act. 44,7; l. 19 D. dep. 16,3) war die actio in factum geschaffen, um auch den filiifamilias die Rückforderung aus dem Depositum zu ermöglichen; doch ist darin wohl nicht der alleinige und ursprüngliche Grund für die eigentümliche Erscheinung zu suchen; derselbe liegt vielmehr in der geschichtlichen

Entwickelung.[a] Die actio in factum beruht auf deliktischer Grundlage, sie ist eine Art Strafklage; daher war sie ursprünglich stricti juris, passiv unvererblich, nur intra annum anstellbar und ging nur auf das simplum resp. duplum der hinterlegten Sache. Die actio in jus dagegen war eine rein reipersekutorische Klage aus dem Kontrakt; sie war also von Anfang an bonae fidei, ging auch gegen die Erben, war perpetua und es konnten mit ihr auch Zinsen, Früchte u. s. w. eingeklagt werden. Somit bietet die Doppelformel ein getreues Abbild der Entwickelung, welche unser Institut genommen hat. Im justinianischen Recht hat sich der geschilderte Gegensatz zwischen den beiden Formeln verwischt und es wird, in Verkennung der Geschichte, lediglich die Rücksich auf die Haussöhne als der Grund für die actio in factum angegeben.

II. Die Entstehung des Mandates[b] gehört einer ziemlich späten Zeit an, sie setzt schon entwickeltere Verkehrsverhältnisse voraus, welche es dem Einzelnen unmöglich machen, alle seine Geschäfte selbst oder durch seine Hausabhängigen zu führen. Für die Zeit der Entstehung haben wir einige Anhaltspunkte; Cicero pro Roscio Am. 38 § 111 bemerkt, dass die actio mandati von den „majores" stamme, und aus l. 48 pr. D. mandati 17,1 ergibt sich, dass diese Klage

a) Vgl. Jhering, Schuldmom. S. 191; Asher a. a. O. S 310; Karlowa a. a. O. S. 1311; Dernburg, Compens. S. 52, auch Anm. 1.

b) Vgl. Karlowa a. a. O. S. 663; Glück a. a. O. S. 241 ff.

dem Qu. Mucius Scaevola (gest. 82 v. Chr. Geb.) [a] schon bekannt war; als untere Grenze müssen wir demnach etwa den Beginn des 1. Jahrh. vor Chr. Geb. annehmen. Die obere Grenze andererseits wird gebildet durch die lex Publilia de sponsoribus (4. Jahrh. v. Chr. Geb.)[b] und die lex Aquilia (287 v. Chr. Geb.).[c] Das erstgenannte Gesetz gibt dem Bürgen, der für den Hauptschuldner gezahlt hat, eine actio depensi, die, wenn der Schuldner binnen 6 Monaten nicht leistet, auf das Doppelte geht (Gaius III 127, IV 22); eine solche besondere Klage wäre aber nicht nötig gewesen, wenn es damals schon eine actio mandati gegeben hätte.[d] Dieser Beweis ist allerdings, wie Karlowa[e] geltend macht, nicht vollgültig; einen weit triftigeren Beweis, den auch der Genannte durch seine Ausführungen u. E. nicht zu entkräften vermag, bietet die lex Aquilia. Diese gibt in ihrem 2. Kapitel gegen den adstipulator, welcher seine Vertrauensstellung missbraucht hat,

a) So nehmen übereinstimmend Puchta, Inst. Bd. I S. 378 und Voigt, röm. Rgesch. Bd. I S. 243 das Todesjahr des berühmten Juristen an. Sein grosses Werk über das jus civile verfasste er nach Sohm a. a. O. S. 88 um das Jahr 100 v. Chr. Geb.

b) Das Alter dieser lex ist äusserst zweifelhaft; jedenfalls ist dieselbe nicht allzu lange nach den XII Tafeln entstanden (vgl. Puchta, Inst. Bd. II S. 84). Einen bestimmten Zeitpunkt, nämlich 427 a. u. c. versucht Voigt, röm. Rgesch. Bd. I S. 58 zu geben.

c) Auch das Alter dieses Volksgesetzes ist sehr ungewiss. Die obige Angabe beruht auf den Ermittelungen von Pernice, Sachbesch. S. 15 ff., mit welchen auch Voigt, röm. Rgesch. Bd. I S. 69, Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. II S. 793, Dernburg, Pand. Bd. II S. 359 u. a. übereinstimmen.

d) Dernburg, Compens. S. 54 f.

e) Karlowa a. a. O. S. 663 f.

um dem Schuldner seine Schuld zu erlassen, eine Klage auf den angerichteten Schaden, „quanti ea res est.“ Gaius III, 216 fragt sich nun verwundert, wozu eigentlich diese Bestimmung notwendig gewesen sei, da doch zur Geltendmachung des Anspruches die actio mandati directa ausreiche. Das erklärt sich eben daraus, dass zur Zeit, als das genannte Plebiszit erging, es ein actio mandati noch nicht gab; da nun in dem gedachten Falle die actio furti dem Auftraggeber nicht zustand, weil der Adstipulator das Geld sich ja nicht selber angeeignet hatte, so war die Schaffung einer besonderen Klage erforderlich. Diese wurde dann später durch das Aufkommen der actio mandati entbehrlich und deshalb „in desuetudinem abiit“ (l. 27 § 4 D. de lege Aquilia 9,2). In ganz ähnlicher Weise sprechen auch die actio furti oblati (Gaius III, 191) und die actio si mensor falsum modum dixerit (D. 11,6) für eine spätere Entstehung der actio mandati; „es lässt sich eben das Vorkommen dieser Klagen poenalen Charakters gegen bestimmte treulose Handlungen eines Mandatars nur dadurch erklären, dass zur Zeit ihrer Anwendung eine allgemeine Kontraktsklage aus dem Mandat noch nicht gegeben wurde.“ [a]

Auf der Grundlage dieser speziellen Deliktsklagen entstand dann die allgemeine actio mandati; auch diese war anfänglich deliktischer Natur, erst später nahm sie die Gestalt einer Kontraktsklage bonae fidei an, in welcher wir sie in den justinianischen

a) Dernburg, Compensat. S. 53. Ebenso: Jhering, Schuldmom. S. 192; Ubellohde a. a. O. S. 44; Puchta, Inst. § 277 Note z.

Quellen finden. Trefflich illustriert wird dieser Übergang durch eine Bemerkung des Auctor ad Herennium 2,13 § 19 vom Ende des vorletzten Jahrhunderts der Republik, dass nämlich zu gleicher Zeit der eine von zwei Prätoren die actio mandati gegen die Erben versagte, sie also als Deliktsklage ansah, der andere sie gewährte, sie mithin für eine Kontraktsklage hielt. [a]

Was den Werdegang der einzelnen Arten des Mandates betrifft, so haben wir wohl mit Karlowa [b] das Generalmandat, alle Geschäfte eines Abwesenden zu führen, als das älteste anzusehen, da darauf das nächste Verkehrsbedürfnis ging. Erst später kam wohl das Spezialmandat auf, als der Einzelne, auch wenn er an seinem Wohnorte anwesend war, alle seine Geschäfte nicht mehr selbst oder durch seine hausabhängigen Personen zu besorgen vermochte. Vom Spezialmandat ist wieder das mandatum mea gratia früher entstanden, als das mandatum aliena gratia. Besonders deutlich lässt sich der Entwickelungsgang verfolgen an dem Auftrage, einem Dritten ein verzinsliches oder unverzinsliches Darlehn zu geben, wie ihn uns Gaius III, 156 schildert. Servius Sulpicius (ca. 60 v. Chr. Geb.) fasste einen solchen Auftrag als reines mandatum tua gratia auf und erklärte ihn deshalb für unverbindlich. Sabinus (ca. 20 n. Chr. Geb.) hält den Auftrag zwar auch für ein mandatum tua gratia, aber für verbindlich, weil der Mandatar dem Dritten das Darlehn nicht

a) Jhering, Schuldmom. S. 193.
b) Karlowa a. a. O. S. 665.

von selbst gewährt haben würde, sondern er dies nur getan, weil der Mandant gewissermassen die Garantie übernommen habe; Gaius (ca. 160 n. Chr. Geb.) selbst betrachtet einen solchen Auftrag garnicht als blosses mandatum tua gratia, sondern er sieht darin ein mandatum tua et aliena gratia, wenn der Auftrag auf Gewährung eines verzinslichen Darlehns, ein mandatum aliena tantum gratia, wenn er auf Hingabe eines unverzinslichen ging. [a]

Auch das Mandat steht mit der fiducia cum amico contracta im Zusammenhang, jedoch ist dieser ein ganz anderer als derjenige, in welchem sich das Depositum mit dem gedachten Vertrage befindet. Das Mandat hat sich, wenigstens nach herrschender Meinung (vgl. dagegen unten S. 44f.) ganz unabhängig von der fiducia entwickelt. Die fiduziarische Rechtsübertragung diente nicht etwa dazu, um einen Auftrag abzuschliessen, sondern nur um einzelne mit dem Auftrage verbundene Zwecke zu erreichen. [b] So ist z. B. die Ausführung des Mandates, einen Sklaven des Auftraggebers freizulassen, erst dann möglich, wenn der Mandatar Eigentümer des Sklaven geworden ist; es wurde deshalb durch mancipatio nummo uno das dominium ex iure Quiritium fiduziarisch auf den Beauftragten übertragen; der eigentliche Auftrag aber lag ganz ausserhalb der Manzipation und schöpfte seine rechtliche Kraft nicht etwa aus derselben. In ganz ähnlicher Weise verfuhr man in älterer Zeit in

a) Vgl. Karlowa a. a. O. S. 666.
b) Oertmann a. a. O. S. 137.

zahlreichen anderen Fällen, während man sich später mit der formlosen traditio der Sache begnügte.

Nicht unerwähnt möge zum Schlusse eine neuerdings von Carlebach[a] vertretene Ansicht bleiben, dass das Mandat ursprünglich die Natur eines Realkontraktes gehabt habe. Es sei zustande gekommen durch Übergabe einer Sache an einen anderen unter der Vereinbarung, in bestimmter Weise mit der Sache zu verfahren. Diese Verabredungen seien in älterer Zeit in bestimmte kurze Wortformeln, nuncupationes, gefasst gewesen, welche der Genannte noch in den Quellen wiederzuerkennen glaubt; für unseren Vergleich mit dem Depositum würde die Formel „mando, ut reddas" (l. 9 § 1 D. de cond. ob turp. vel injust. caus. 12,5) in betracht kommen. Die Klage aus dem Mandat habe den Charakter einer condictio gehabt, gerichtet auf Rückforderung der hingegebenen Sache resp. des an deren Stelle Getretenen, nicht etwa auf Ausführung des Auftrages. Allmählich sei die Übergabe der res in Fortfall gekommen und die Vereinbarung sei das einzige Tatbestandsmerkmal geworden. Der Kontrakt sei dann immer vielseitiger geworden und so habe sich das mandatum des späteren Rechtes entwickelt. Ist diese Meinung richtig, was wir nicht zu entscheiden wagen, so werden wir wohl im letzten Ende auf eine Entstehung des Mandates aus der fiducia cum amico contracta geführt, ein Ergebnis, welches auch Sohm,[b] soweit sich aus seinen kurzen Andeutungen

a) Carlebach a. a. O. S. 1 ff.
b) Sohm a. a. O. S. 58 f.

schliessen lässt, anzunehmen scheint. Depositum und Mandat wären dann also aus der gleichen Quelle hervorgegangen und nur in ihrer späteren Entwickelung von einander abgewichen.

Aber auch dann, wenn wir uns nicht auf den Boden dieser Auffassung stellen, glauben wir doch durch unseren geschichtlichen Überblick gezeigt zu haben, dass beide Kontrakte in ihrem Entwickelungsgange manche Ähnlichkeit, so namentlich bezüglich der deliktischen Grundlage, aufweisen. Daraus werden wir dann die Erklärung gewinnen für so Manches in der dogmatischen Gegenüberstellung der beiden Verträge, welche nunmehr folgen soll.

B.

I. Beide Verträge stimmen darin überein, dass sie grundsätzlich auf einer Gefälligkeit des Depositars resp. Mandatars gegenüber dem Deponenten resp. Mandanten beruhen; der Beweggrund, welcher, wenigstens in der Regel, zur Übernahme der Verpflichtungen aus dem Kontrakte veranlasst, ist die Freundschaft. Dieser Gedanke hat in den Quellen mehrfach Ausdruck gefunden, so z. B. für das Mandat in l. 1 § 4 D. mandati 17,1: „originem ex officio atque amicitia trahit", für das Depositum in l. 1 § 5 D. de obl. et act. 47,2: „amico rem custodiendam committit". Das Hauptinteresse an der Leistung wird demnach in den weitaus meisten Fällen der Deponent resp. Mandant haben; ein Auftrag insbesondere welcher lediglich den Vorteil des Auftraggebers bezweckt, wird in den Quellen

mandatum mea gratia genannt (l. 2 § 1 D. mandati 17,1; § 1 J. de mandato 3,26). Sehr wohl ist es aber mit dem Charakter unserer Verträge vereinbar, dass auch der Depositar resp. Mandatar ein Interesse an der Ausführung hat, ein Fall, welcher beim Mandat den Namen mandatum mea et tua gratia trägt (l. 2 § 4 D. eod.; § 2 J. eod.). Beim Depositum findet in diesem Falle eine Vergrösserung der Haftung des Depositars statt (vgl. S. 93), während in der Haftung des Mandatars eine Änderung nicht eintritt, da dieser, auch wenn er nicht interessiert ist, omnis culpa zu prästieren hat. Auch das ist zulässig, dass die Verträge, sei es ausschliesslich oder doch zugleich den Interessen eines Dritten dienen, wofür beim Mandat der Ausdruck mandatum alieni gratia resp. mea et alieni gratia resp. tua et alieni gratia gebraucht wird (l. 2 §§ 2, 3, 5 D. eod. §§ 3, 4, 5 J. eod.). Es ist also nicht erforderlich, dass die zur Verwahrung gegebene Sache gerade dem Hinterlegenden gehöre, sie kann vielmehr auch einem Dritten zu eigen sein, so dass dieser das Interesse an ihrer Erhaltung hat (l. 64 pr. D. de judic. 5,1; l. 1 § 39 l. 31 § 1 D. depositi 16,3). Dagegen widerspricht es dem Wesen der Kontrakte, wenn sie auf den ausschliesslichen Vorteil des Depositars resp. Mandatars berechnet sind; ist das der Fall, dann geht das Depositum in Commodat, das Mandat, speziell mandatum tua gratia genannt, in einen blossen Rat über (§ 6 J. de mandato 3,26: magis consilium est quam mandatum). Beim Depositum liegt der letztgedachte Fall insbesondere

auch dann vor, wenn die zur Aufbewahrung gegebene Sache dem Empfänger gehört; es kommt dann der Vertrag gar nicht zu stande, weil das Interesse an der Ausführung lediglich der Eigentümer hat (l. 15 l. 31 pr. D. depositi 16,3; l. 45 pr. D. de regul. iur. 50,17). Es lassen sich jedoch hiervon Ausnahmen denken, wo ein solches Depositum gültig ist; z. B. wenn der Pfandgläubiger dem verpfändenden Eigentümer das Pfand zum Aufheben gibt.[a] Was die Verbindlichkeit des Rates und der Empfehlung anlangt, so wird ihr Empfänger niemals obligiert, es liegt vielmehr in seinem freien Ermessen, ob er denselben Folge leisten will oder nicht (Gaius III, 156; l. 2 pr. D. mandati 17,1; pr. J. de mandato 3,26). Tut er es und erleidet dabei Schaden, so entsteht dennoch in der Regel keine Verpflichtung für den Ratgeber. Dies geschieht vielmehr nur dann, wenn der Rat in böswilliger Absicht wider bessere Überzeugung erteilt war (l. 10 § 7 D. eod.; l. 47 pr. de regul. iur. 50,17) oder wenn der Ratgeber die Absicht hatte, für die Folgen des Rates einzustehen, und nur dadurch der Beratene zur Befolgung des Rates bestimmt wurde (l. 6 § 5 l. 12 § 13 l. 32 D. mandati 17,1). Ein näheres Eingehen auf diesen Spezialfall des Mandates gehört nicht hierher.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass in der Regel[b] unmittelbar nur der eine Teil berechtigt,

a) Sintenis a. a. O. S. 564 Note 10.

b) Eine Ausnahme findet nach dem eben Gesagten namentlich beim Rate statt, wo ja höchstens eine Verpflichtung des Mandanten entstehen kann. In einem solchen Falle bildet also die actio mandati contraria die Hauptklage (vgl. S. 114).

der andere Teil verpflichtet wird; begriffsnotwendig und wesentlich ist nur die Verpflichtung des Depositars resp. Mandatars. Unter Umständen entstehen aber auch Gegenverpflichtungen des Deponenten resp. Mandanten, z. B. zum Ersatz von Schaden, zur Vergütung von Auslagen u. s. w. Depositum wie Mandat gehören mithin nach der Sprachweise des gemeinen Rechts zu den contractus bilaterales inaequales, sie sind unvollkommen zweiseitige Verträge (Gaius III, 155; l. 3 § 1 l. 19 D. mandati 17,1; vgl. l. 17 § 3 D. commod. 13,6).

Zum Wesen beider Verträge gehört fernerhin Unentgeltlichkeit; sie sind, wie schon gesagt, reine Gefälligkeitsdienste, und damit ist die Annahme einer Bezahlung nicht vereinbar, „contrarium est officio merces." So heisst es denn z. B. „sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium" (§ 13 J. de mandato 3,26) und „mandatum nisi gratuitum nullum est" (l. 1 § 4 D. mandati 17,1). Wird beim Abschluss der Verträge eine Bezahlung, eine merces, versprochen, so ändert sich völlig ihr Charakter, sie werden nämlich zur locatio conductio operarum oder auch operis, wenn die Vergeltung in einer bestimmten Geldsumme (l. 1 § 8 D. depositi 16,3; § 13 J. de mandato 3,26; l. 1 § 4 D. mandati 17,1), zu einem Innominatkontrakt, wenn sie in etwas anderem besteht (l. 1 § 9 D. depositi 16,3; l. 13 pr., § 1 l. 22 D. de praescr. verb. 19,5). Das Prinzip der Unentgeltlichkeit ist aber nicht rein durchgeführt, sondern bis zu einem gewissen Grade durchbrochen worden. Selbstverständlich ist es zu-

lässig, dass die Erstattung von entstehenden Auslagen von vornherein versprochen wird (l. 1 § 10 D. depositi 16,3). Fernerhin ist es mit der Natur der beiden Kontrakte auch vereinbar, dass nach der Ausführung freiwillig „remunerandi gratia“ (l. 6 pr. D. mandati 17,1), „non quasi merces“ (l. 2 § 24 D. vi bon. rapt. 47,8) eine Belohnung gegeben wird. Beim Mandat kann sogar von vornherein ein „honorarium“ oder „salarium“ als eigentliche Vergeltung, als Bezahlung für die geleisteten Dienste vereinbart werden, ohne dass dadurch aus demselben eine locatio conductio operis entsteht; das gilt aber nur für den Fall, dass es sich um operae liberales handelt, zu denen aber die Verwahrung einer Sache sicherlich nicht gehört Depositum und mandatum rei custodiendae weichen also auch in dieser Beziehung nicht von einander ab.

Zur allgemeinen Charakteristik unserer beiden Verträge ist endlich noch anzuführen, dass sie beide zu den negotia bonae fidei gehören (Gaius IV, 62 § 28 J. de action. 4,6; l. 1 § 23 D. depositi 16,3 l. 10 § 3 D. mandati 17,1 u. a.). Ihr Inhalt ist also nicht gesetzlich unabänderlich festgelegt, sondern er bestimmt sich nach der Lage des Einzelfalles und kann von den Parteien durch ihre Vereinbarungen beliebig modifiziert werden, sei es gleich bei Abschluss des Vertrages oder erst späterhin (Beispiele: l. 1 §§ 6, 9, 35 D. depositi 16,3; l. 39 D. mandati 17,1; l. 7 § 15 D. de pactis 2,14 u. a.). Wird das Rechtsverhältnis streitig, so entscheidet der Richter nach freiem Ermessen auf der Grundlage der aus-

drücklich oder stillschweigend erklärten Parteiabsicht. Eben wegen dieser beweglichen Natur der beiden Kontrakte kann die Grenze zwischen ihnen nicht absolut, in einer für jeden Fall passenden Weise gezogen werden, wie dies wohl bei negotia stricti iuris mit ihrem gesetzlich fest umgrenzten Inhalt möglich wäre, sondern es müssen bei ihrer Ermittelung die Umstände des konkreten Einzelfalles ins Auge gefasst werden.

II. 1. Dem Abschluss des Depositum kann ein Vorvertrag – man könnte ihn pactum de deposito recipiendo resp. pactum de deponendo nennen — vorausgehen, d. h. eine formlose Einigung der Parteien darüber, dass sie künftighin einen Verwahrungsvertrag abschliessen wollen. Ein solcher Vorvertrag ist, sofern er nicht einem bonae fidei negotium ex continenti beigefügt wird, als nudum pactum unverbindlich, es kann jedoch indirekt ein Zwang zur Erfüllung desselben dadurch ausgeübt werden, dass er in die Form einer Stipulation gekleidet wird. Immerhin wird eine solche Vereinbarung in der Praxis wohl selten vorgekommen sein, da wohl niemand, welcher einem anderen eine Gefälligkeit zu erweisen beabsichtigt, sich so streng binden will.[a] Und auch wenn jemand dies getan hat, kann doch nicht auf Abschluss des Vertrages, selbst wenn ein solcher möglich wäre, geklagt werden (l. 67 § 1 l. 68 D. de verb. obl. 45,1; vgl.

a) Unterholzner a. a. O. S. 662.

l. 13 pr. D. de re judic. 42,1, l. 30 D. de reb. cred. 12,1); der Versprechensempfänger hat vielmehr nur einen Anspruch auf das Interesse, d. h. Ersatz des Schadens, welchen er durch das Nichtzustandekommen des Hauptvertrages erleidet, resp. auf die etwa versprochene Strafsumme.[a] Ein Schadensersatzanspruch liesse sich übrigens auch mittels der actio doli auf Grund widerrechtlicher Handlungsweise des Versprechenden geltend machen, falls dieser durch die Zusage eine fremde Sache bei sich aufzunehmen, den Versprechensempfänger zu Ausgaben veranlasst hat.[b]

Das Depositum selbst gehört zu den vier benannten Realkontrakten des r. R, es kommt also zustande durch res, durch Hingabe der zu verwahrenden Sache (§ 3 J. quib. mod. re 3,14; l. 1 § 5 D. de obl. et act. 44,7). Selbstverständlich ist damit aber nicht gesagt, dass eine Einigung der Parteien nicht erforderlich wäre; das erste Erfordernis ist vielmehr, dass beide Teile über die Natur des abzuschliessenden Geschäftes sich in Übereinstimmung befinden. Es muss also auf der einen Seite der Wille vorhanden sein, die Sache zur Hinterlegung zu geben, auf der anderen, sie zur Verwahrung anzunehmen: glaubt also z. B. der Empfänger, dass ihm die Sache als Darlehn gegeben werde, so kommt weder ein depositum noch auch ein mutuum zustande (l. 18 § 1 D. de reb. cred. 12,1). Ebenso liegt ein Depositum dann nicht vor,

a) Vgl Regelsberger a. a. O. S. 129 ff.; Dernburg Pand. Bd. II § 10 Anm. 8; Brinz a. a O. Bd. IV § 574; Windscheid a. a. O. § 310 Anm. 2.

b) Unterholzner a. a. O. § 657 Anm. a.

wenn eine Sache nur in ein räumliches Verhältnis zu einer Person gebracht, bei ihr eingestellt wird, ohne dass diese die Absicht hat, irgend welche Verpflichtungen in bezug auf die Sache zu übernehmen; je nach den Umständen und dem Willen der Beteiligten wird hier entweder gar kein Rechtsgeschäft, sondern lediglich ein tatsächlicher Zustand, oder aber ein sog. commodatum loci[a] anzunehmen sein. Übernimmt jemand unaufgefordert eine Sache ins Gewahrsam, dann entsteht ebenfalls kein Depositum, sondern es finden die Grundsätze der negotiorum gestio Anwendung; es kann aber durch nachträgliche Genehmigung des Eigentümers der Sache daraus ein Depositum hervorgehen. Voraussetzung für das Zustandekommen des consensus ist endlich noch, dass beide Teile in ihren Entschliessungen frei sind, dass also nicht etwa der Verwahrende zu dem Hinterlegenden in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, vermöge dessen er den Anweisungen desselben Folge leisten muss; denn dann liegt ein iussus, kein Vertragsverhältnis vor. Aber dieser Konsens der Parteien genügt nicht (l. 26 § 2 D. depositi 16,3), es muss noch eine causa civilis hinzukommen, nämlich die Übergabe der zu verwahrenden Sache; erst in diesem Augenblicke entstehen die Verpflichtungen aus dem Vertrage, namentlich be-

a) Während Labeo an unbeweglichen Sachen kein eigentliches „commodare", sondern nur ein „utendum dare" zulassen wollte, erklärten die Sabinianer an res soli ein wahres Commodat für möglich. Dies ist auch die Meinung der justinianischen Quellen (l. 1 § 1 D. commod. 13,6). Vgl. Brinz a. a. O. Bd. II, 2 § 316 Windscheid a. a. O. § 374 Anm. 4; Dernburg Pand. Bd. II § 90 Anm. 4; Sintenis a. a. O. § 111 Anm. 1 u. a.

züglich der Haftung und der Rückgabe der hinterlegten Sache (§ 3 J. quib. mod. re 3,14). Die Übergabe braucht nicht gerade an den Depositar selbst zu erfolgen, dieser kann vielmehr auch eine andere Person z. B. einen Freigelassenen zur Empfangnahme abordnen; er selbst wird dann verbunden, sofern es seine Absicht war, dass der andere nur Mittelsperson, nur sein Stellvertreter in der Verwahrung sein sollte. Hatte er diese Absicht nicht, dann liegt lediglich ein Rat an den Deponenten vor, bei dem Dritten zu hinterlegen, und ein Rat verpflichtet, wie wir oben (S. 47) sahen, den Ratgeber nur, wenn der Empfänger bei der Befolgung desselben Schaden erlitt und der Rat in arglistiger Absicht oder unter Übernahme der Garantie erteilt war (l. 1 § 14 D. depositi 16,3). Erforderlich ist ferner auch nicht, dass die Sache durch den Deponenten persönlich übergeben wird; er kann vielmehr sich hierzu einer andern Person bedienen, welche dann, sofern die Überbringung unentgeltlich geschieht, zu ihm im Mandatsverhältnis steht (l. 1 § 11 D eod.). Als Deponent gilt in einem solchen Falle, sofern der Empfänger die Sache in Kenntnis der Verhältnisse annahm, nicht der Überbringer, sondern dessen Auftraggeber; die Klage des letzteren auf Rückgabe usw. würde also nicht als utilis, sondern als directa zu betrachten sein.[a]

Das anfängliche Depositum kann infolge Parteivereinbarung später in ein anderes Vertragsverhältnis übergehen. Wird z. B. dem Depositar hinterher

a) Unterholzner a. a. O. § 659 Anm. b.

der Gebrauch der hinterlegten Sache gestattet, so entsteht ein commodatum (l. 76 pr. D. de furtis 47, 2) oder locatio conductio rei (l. 1 § 9 in medio D. depositi 16, 3), jenachdem die Gebrauchsüberlassung unentgeltlich oder gegen eine Bezahlung erfolgt. Handelt es sich um eine vertretbare Sache, so haben wir zu unterscheiden, ob die Genehmigung, tantundem eiusdem generis restituieren zu dürfen, gleich bei Eingehung des Vertrages oder erst späterhin erteilt wird; in ersterem Falle besteht zunächst ein Depositum, und erst wenn von der Erlaubnis Gebrauch gemacht wird, finden die Regeln über das mutuum Anwendung (l. 1 § 34 D. depositi 16,3 l. 10 D. de reb. cred. 12, 1), im zweiten Falle ist ein Darlehn anzunehmen vom Augenblicke der Gestattung ab, selbst wenn von derselben erst späterhin Gebrauch gemacht werden sollte (Paulus sent. II, 12, 9; l. 9 § 9 D. de reb. cred. 12, 1; l. 34 pr. D. mandati 17, 1). Näheres hierüber ist unten (S. 69 f.) bei Erörterung der Stellung des Depositars zu der ihm anvertrauten Sache darzustellen. Wenn für die Verwahrung eine Vergütung dem Depositar späterhin gewährt wird, so nimmt, wenn diese in Geld besteht, das Depositum die Gestalt einer locatio conductio operarum (l. 1 § 9 initio D. depositi 16, 3), falls sie in etwas anderem besteht, diejenige eines Innominatkontraktes an (l. 1 § 9 in medio eod.); letzteres findet namentlich auch dann statt, wenn hinterher dem Depositar der Gebrauch der Sache gestattet wird in der Absicht, dass derselbe ein Äquivalent für die von ihm gemachte Leistung bilden

solle. Was uns hier aber besonders interessiert, ist der Fall, dass der Depositar späterhin besondere Leistungen in bezug auf die hinterlegte Sache übernimmt, welche über das Mass der von ihm zu leistenden Tätigkeit, über das custodire hinausgeht. Es verwandelt sich alsdann das Depositum in ein Mandat, es wird also die Grenze zwischen beiden Verträgen überschritten. Gibt man also z. B. einem Bekannten einen Hund zur Aufbewahrung, so gehört es sicherlich noch zu seinen (des Empfängers) Funktionen als Depositar, das Tier zu füttern, auszuführen, zu säubern usw.; bittet man ihn jedoch, den Hund auch zu dressieren, dann ist das keine Verwahrungstätigkeit mehr, es wird vielmehr eine objektiv und subjektiv erhebliche Mühewaltung erfordert, und somit ist Mandat anzunehmen (vgl. l. 1 §§ 11, 12, 13 D. eod.; l. 9 § 3 D. de dolo malo 4,3).

2. Das Mandat ist einer der Konsensualkontrakte, d. h. eine obligatorische Bindung entsteht bei ihm schon durch blosse Willenseinigung der Parteien, nudo consensu, ohne dass es eines weiteren Momentes bedarf (§ 11 J. de mandato 9,26; l. 1 pr. D. mandati 17,1). Demgemäss haben nun zahlreiche Schriftsteller[a] behauptet, dass beim Mandat, wie bei den Konsensualverträgen überhaupt, ein pactum de contrahendo nicht denkbar sei, denn entweder seien sich die Parteien über alle Punkte einig, dann liege ein gültiger Hauptvertrag vor, oder aber es kam noch kein völliger Konsens der Parteien zustande, dann

a) Koch a. a. O. § 70; Holzschuher a. a. O. § 236 Note 3; Bechmann a. a. O. Bd. II S. 283 u. a.

hätten die bisherigen Beredungen nur den Charakter unverbindlicher Vorverhandlungen. Diese Argumentation ist aber nicht haltbar; es ist sehr wohl möglich, dass auch bei Konsensualkontrakten ein gültiger Vorvertrag vorhanden ist, ohne dass damit schon der Hauptvertrag perfekt wäre, indem z. B. die zu machende Leistung noch näher spezialisiert werden soll, was namentlich auch dann der Fall ist, wenn es sich um eine Mehrheit von künftigen Leistungen handelt, deren Individualisierung noch nicht tunlich ist.[a] Gerade beim mandatum rei custodiendae wird ein solcher Vorvertrag häufig geschlossen werden, indem nämlich die Parteien sich darüber geeinigt haben, dass eine von ihnen eine ihr von der andern zu übergebende Sache, deren Individualität zunächst noch zweifelhaft gelassen wird, verwahren soll; der Hauptvertrag kommt dann erst zustande, wenn die Parteien auch vereinbart haben, welche Sache es sein soll. Für die Klagbarkeit eines solchen Vorvertrages wird das Gleiche gelten wie beim pactum de deponendo vel de deposito recipiendo; ob wir nach Analogie des pactum de retroemendo (l. 75 D. de contrah. emt. 18,1) schliessen dürfen, dass aus allen Vorverträgen bei Konsensualkontrakten nicht nur auf das Interesse, sondern auf Abschluss des Hauptvertrages geklagt werden kann,[b] erscheint uns sehr zweifelhaft. Zum Zustandekommen des Konsenses ist erforderlich, dass

---

a) Dernburg Pand. Bd. II S. 26; Degenkolb ACPr. Bd. 71 S. 21 ff.; Brinz a. a. O. Bd. IV § 574.

b) Regelsberger a. a. O. S. 131.

von der einen Seite die Aufforderung zu einer unentgeltlichen Geschäftsbesorgung, von der andern die Bereitwilligkeit der Aufforderung nachzukommen geäussert wird. Welcher Worte sich die Parteien bei diesen ihren Willensäusserungen bedienen (l. 1 § 2 D. mandati 17,1 „volo, rogo, mando"), ob dieselben dem anderen Teil brieflich oder durch einen Boten zugehen (l. 1 § 1 eod.) ist für die Gültigkeit des Vertrages unwesentlich; das Mandat beruht vielmehr auf dem Grundsatz völliger Formfreiheit. Auch stillschweigend kann der Vertragswille erklärt werden, z. B. wenn jemand, trotzdem er zu widersprechen in der Lage ist, es wissentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn ein Geschäft besorgt (l. 6 § 2 l. 18 l. 53 eod.; l. 6 C. mandati 4,35). Auf Seiten des Auftragsempfängers bedeutet natürlich das blosse Schweigen auf die Aufforderung noch nicht ohne weiteres Zustimmung, sondern es muss noch etwas hinzukommen, woraus sich auf den Willen, den Vertrag einzugehen, schliessen lässt z. B. Beginn der Ausführung (l. 8 pr. D. de procur. 3,3). In einzelnen Fällen wird sogar ein Mandat zwischen Personen vermutet (mandatum praesumtum), doch gehören diese Fälle dem Prozess an und fallen also nicht in den Rahmen unserer Darstellung. Ebenso wie beim Depositum darf natürlich auch hier nicht ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Auftragsempfänger und Auftragsgeber bestehen, denn dann ist die Übernahme der Geschäftsbesorgung kein officium, kein freiwilliger Freundschaftsdienst, sondern sie beruht auf einem iussus (l. 1 § 3 quod iussu 15,4).

Übernimmt jemand eine Geschäftsbesorgung für einen andern ohne dessen stillschweigenden oder ausdrücklichen Auftrag, so beurteilt sich das Rechtsverhältnis zwischen beiden nach den Regeln der negotiorum gestio. Wenn dann hinterher die Genehmigung erteilt wird, dann ist es in bezug auf den Genehmigenden so anzusehen, als ob die Geschäftsführung auf seinen Auftrag geschehen sei, er haftet also dem Geschäftsführer mit der actio mandati contraria (l. 60 D. de regul. iur. 50,17). Die Stellung des Geschäftsführers dagegen erleidet keine Veränderung, es findet nach wie vor die actio negotiorum gestorum directa gegen ihn statt (l. 9 D. de neg. gest. 3,5; l. 9 C. de neg. gest. 2,19); das hat namentlich insofern Bedeutung, als die letztgenannte Klage nicht wie die actio mandati directa infamiert.

Auch beim Mandat ist ein Übergang in ein anderes Geschäft möglich; für das mandatum rei custodiendae insbesondere dürfte das Gleiche gelten wie für das Depositum, es kann sich also in Darlehn, Leihe, Dienstmiete, Sachmiete u. s. w. verwandeln. Auch das ist denkbar, dass das anfängliche Mandat, dadurch, dass der Beauftragte keine umfassende Tätigkeit mehr auszuüben braucht, nach und nach den Charakter eines Depositum annimmt; doch dürfte in diesem Falle, anders wie beim Übergang vom Depositum in Mandat, wohl das ganze Geschäft als Einheit aufzufassen sein, es werden also die Regeln über den Auftrag auch weiterhin für die Beurteilung

des Rechtsverhältnisses massgebend bleiben[a] (vgl. l. 8 pr. D. mandati 17,1).

Depositum und Mandat können natürlich auch unter Bedingungen und Zeitbestimmungen abgeschlossen werden (l. 1 §§ 22, 45, 46 D. depositi 16,3, § 12 J. de mandato 3,26, l. 1 § 3 D. mandati 17,1); wie weit solche Modalitäten aber nur der Auflösung des Vertrages durch einseitige Willenserklärung einer Partei entgegenstehen, werden wir unten (S. 62 f.) sehen.

Wie aus dem Gesagten erhellt, stimmen unsere beiden Verträge hinsichtlich der Einzelheiten ihres Abschlusses fast völlig überein, nur besteht bei ihnen der eine grosse Unterschied, dass beim Depositum die Hingabe der Sache zur Vertragsbegründung gehört, während das Mandat schon durch den blossen Konsens zustande kommt, die Hingabe beim ihm also schon einen Beginn der Ausführung darstellt. Aus dieser Verschiedenheit lässt sich aber eine Bestimmung der Grenze aus dem gleichen Grunde nicht ermöglichen, welchen wir oben (S. 24 f.) für die verschiedenartige Haftung anführten, dass sie nämlich nicht das primäre, sondern das sekundäre Element ist. Nicht weil in dem einen Falle die Sache contrahendi causa, in dem anderen solvendi causa hingegeben wird, liegt Depositum oder Mandat vor, sondern weil in dem konkreten Falle die Vereinbarung wegen des Masses der zu leistenden Tätigkeit den Charakter des Depositum oder des Mandats hat, tritt die obligatorische Bindung erst

a) Vgl. Schweppe a. a. O. § 455.

mit der Hingabe der Sache oder schon mit der blossen Willenseinigung der Parteien ein.

III. Was die Endigung anlangt, so gelten zunächst die allgemeinen Endigungsgründe eines jeden Rechtsgeschäftes auch für Depositum und Mandat; die beiden Verträge finden also ihr Ende durch Vereinbarung der Parteien, Zeitablauf, Eintritt einer auflösenden Bedingung, Unmöglichwerden der Leistung, und das Mandat insbesondere auch durch Ausführung des aufgetragenen Geschäftes.

1. Ausserdem aber haben die beiden Verträge ihre besonderen Endigungsgründe, welche einer etwas eingehenderen Besprechung bedürfen. Dahin gehört einmal die einseitige Willenserklärung einer Partei, eine Besonderheit, die sich aus der Natur unserer Kontrakte als unentgeltlicher, auf persönliches Vertrauen gegründeter Dienstleistungen ergibt. Insbesondere steht dem Deponenten resp. Mandanten, der ja regelmässig das alleinige oder doch wenigstens das hauptsächliche Interesse an der Ausführung des Vertrages hat, das Recht zu, jederzeit nach freiem Ermessen zu widerrufen, „revocare", d. h. also in unserem Falle, die zur Verwahrung gegebene Sache zurück zu verlangen; es wird ihm ja ein blosser Freundschaftsdienst geleistet, auf den er „finita seu mutata voluntate" verzichten kann (Gaius III, 159 l. 1 § 22 D. depositi 16,3, § 9 J. de mandato 3,26, l. 12 § 16 D. mand. 17,1). Der Widerruf kann auch stillschweigend geschehen, z. B. dadurch, dass der Mandant eine andere Person mit der Geschäfts-

besorgung beauftragt (l. 31 § 2 D. de procurat 3,3) oder das aufgetragene Geschäft selbst ausführt (l. 3 C. mand. 4,35). Dabei ist weder der Deponent noch der Mandant an einen etwaigen Verzicht auf sein Widerrufsrecht gebunden; ebensowenig an eine dem Vertrage beigefügte Zeitbestimmung (l. 1 § 22 D. depositi 16,3, l. 11 pr. C. depositi 4,34, l 12 § 16 D. mandati 17,1), eine solche liegt vielmehr, wie wir unten (S. 62) sehen werden, im ausschliesslichen Interesse des Deponenten resp. Mandanten; so kann der erstere die Rückgabe der Sache selbst dann jederzeit fordern, wenn vereinbart war, dass dieselbe erst nach seinem oder des Depositars Tode erfolgen solle (l. 1 §§ 45, 46 D. dep. 16,3). Eine völlige Lösung des Vertragsverhältnisses findet aber erst dann statt, wenn der Depositar resp. Mandatar von dem Widerruf Kenntnis erlangt hat; haben diese Personen nach erfolgtem Widerruf, aber vor erlangter Kenntnis noch Handlungen vorgenommen, Aufwendungen gemacht u.s.w. („re non amplius integra"), dann wird der Widerrufende ihnen dadurch noch verpflichtet (l 12 § 16 l. 15 l. 26 pr. D. mandati 17,1, § 9 J. de mandato 3,26), wie denn selbstverständlich die vor dem Widerruf schon begründeten Verpflichtungen bestehen bleiben. Nach erlangter Kenntnis vorgenommene Handlungen dagegen sind für den Deponenten resp. Mandanten ebensowenig verbindlich, als wenn ein Vertrag garnicht bestanden hätte (l. 1 § 2 D. quod iussu 15,4, l. 27 l. 48 D. de procurat. 3,3), es sei denn, dass er dieselben freiwillig gutheisst (l. 12 § 16 D. mandati 17,1). Auch

der Depositar resp. Mandatar hat, wenn auch in etwas beschränkterem Masse, das Recht, durch einseitige Willenserklärung das Vertragsverhältnis zu lösen, es zu kündigen, „renuntiare", d. h. also die Wiederabnahme der Sache zu verlangen. Die Kündigung darf aber nicht intempestive geschehen (l. 5 § 2 l. 27 § 2 D. depositi 16,3, § 11 J. de mandato 3,26, l. 22 § 11 D. mandati 17,1), es muss der andere Vertragsteil Zeit haben, anderweitig Anstalten zur Erreichung seines Zweckes zu treffen. An eine beim Abschluss des Vertrages diesem beigefügte Zeitbestimmung ist der Kündigende gebunden, er kann den Gegenkontrahenten die Sache wider dessen Willen nicht früher aufdrängen, während dieser, wie wir oben (S. 61) sahen, jederzeit die Rückgabe verlangen kann (l. 1 § 22 D. depositi 16,3, l. 11 pr. C. depositi 4,34). Nur wenn ein triftiger Grund vorliegt, welcher dem Depositar resp. Mandatar die sichere Erfüllung ihrer Verpflichtungen unmöglich macht oder wegen dessen ihnen ein ferneres Verbleiben in dem Vertragsverhältnis nicht mehr zugemutet werden kann, dürfen sie auch zur Unzeit und ohne Einhaltung der vereinbarten Zeitbestimmung kündigen (l. 5 § 2 D. depositi 16,3, l. 25 D. mandati 17,1). Solche iustae causae sind namentlich Krankheit (valetudo), Todfeindschaft (inimicitiae capitales) und Verarmung des anderen Teils, welche die Gegenforderung auf Ersatz von Auslagen u. s. w. als gefährdet erscheinen lässt (actiones inanes) (Paulus sent. II, 15, 1, l. 23—25 D. mandati 17,1). Natürlich muss der Kündigende

sobald als möglich dem Deponenten resp. Mandanten Mitteilung machen; unterlässt er dies schuldhaft oder kündigt er ohne triftigen Grund zur Unzeit, dann muss er den daraus entstehenden Schaden ersetzen (l. 5 § 1 l. 6 § 1 l. 8 §§ 4, 10 l. 27 § 2 D. mandati 17,1, § 11 J. de mandato 3,26). Streitig ist aber für den Fall der ungerechtfertigten unzeitigen Kündigung, ob diese dennoch das Vertragsverhältnis aufhebt oder nicht.[a]

2. Der zweite der besonderen Endigungsgründe ist der Tod eines Kontrahenten. Derselbe kommt jedoch nur beim Mandat in betracht; das Depositum erlischt weder durch den Tod des Deponenten noch durch den des Depositars (l. 1 § 19 l. 9 l. 14 § 1 l. 22 D. depositi 16,3), vorausgesetzt natürlich, dass die Parteien keine gegenteiligen Vereinbarungen getroffen haben. Ist letzteres nicht der Fall, so gehen kraft des Prinzipes der Universalsuccession wie bei der grössten Mehrzahl der Verträge Rechte und Pflichten auf die Erben des verstorbenen Kontrahenten über; es haben also insbesondere die Erben des Depositars die Pflicht, die Sache weiter zu verwahren, die Erben des Deponenten das Recht, die Sache zurückzuverlangen, es sei denn, dass der Erblasser durch seinen letzten Willen den Herausgabeanspruch einer andern Person zugewiesen hat (l. 26 pr. D. depositi 16,3). Über die Haftung eines oder mehrerer Erben für ihr eigenes Verschulden und dasjenige ihres Erblassers, sowie über die Verteilung des Herausgabeanspruches unter mehrere

a) Gesterding a. a. O. S. 12 ff.

Erben ist in anderem Zusammenhange (S. 96 f., 111) zu sprechen.

Im Gegensatz zum Depositum und den meisten anderen Verträgen erlischt das Mandat mit dem Tode sowohl des Mandanten als des Mandatars (§ 10 J. de mandato 3,26; l. 26 pr. l. 57 D. mandati 17,1; Gaius III, 160). Es kann jedoch das Gegenteil vereinbart sein oder auch schon in der ganzen Natur des betreffenden Auftrages enthalten. Unzweifelhaft ist das in den Quellen ausgesprochen für den nach dem Tode des Auftraggebers zu vollziehenden Auftrag (l. 12 § 17 l. 13 D. mandati 17,1); der Widerspruch, welcher in l. 108 D. de solut. 46,3 liegt, wird wohl am besten durch die schon von Cujacius vorgeschlagene Umstellung der Worte „post mortem meam" behoben.[a] Was den nach dem Tode des Mandatars auszuführenden Auftrag anlangt, so war ein solcher nach vorjustianischem Rechte sicherlich nicht möglich, „quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse" (Gaius III, 158); nachdem aber Justinian den letztgenannten Satz durch l. un. C. ut act. et ab hered. et contra hered. incip. 4,11 beseitigt hat, steht auch der Gültigkeit eines solchen Mandates nichts mehr im Wege,[b] obwohl dies als dem Wesen des gedachten Kontraktes widersprechend von verschiedenen Seiten[c] bestritten wird.

a) Glück a. a. O. S. 338 ff.; Vangerow a. a. O. § 662; Holzschuher a. a. O. § 273 Note 10; Schilling a. a. O. § 318 gg.; Zimmern a. a. O. S. 235 ff.

b) Schilling a. a. O. § 318 ff.; Windscheid a. a. O. § 411 Anm. 5.

c) Unterholzner a. a. O. § 619 Note g; Brinz a. a. O. Bd. II § 334 Anm. 58.

Das Auftragsverhältnis wird also regelmässig gelöst durch den Tod des Mandanten (§ 10 J. de mandato 3,26; l. 26 pr. l. 57 l. 58 pr. D. mandati 17,1); das erklärt sich daraus, dass der Mandatar nur dem Verstorbenen, nicht etwa auch den Erben desselben einen Freundschaftsdienst erweisen wollte. Die schon entstandenen Verbindlichkeiten bleiben selbstverständlich auch hier bestehen („mandatum morte mandantis, non etiam mandati actio solvitur" l. 58 pr. D. eod.); bezüglich derselben steht also den Erben des Mandanten die actio mandati directa gegen den Mandatar, diesem die actio mandati contraria gegen die Erben zu. Auch diejenigen Handlungen, welche der Mandatar vornimmt, ehe er von dem Tode seines Auftraggebers erfuhr, müssen die Erben gegen sich gelten lassen (Gaius III, 160 § 10 J. de mandato 3,26; l. 26 § 3 D. mandati 17,1) Was der Mandatar dagegen nach erlangter Kenntnis tut, das tut er als negotiorum gestor, die Erben brauchen es nicht ohne weiteres anzuerkennen. Vorausgesetzt ist aber, dass zur Zeit, als der Mandant starb resp. der Mandatar von dessen Hinscheiden Kenntnis erhielt, noch res integra, mandatum integrum war (Gaius III, 160; § 10 J. de mandato 3,26; l. 15 C. mandati 4,35), d. h. dass mit der Ausführung des aufgetragenen Geschäftes noch nicht begonnen war („antequam res ab eo, cui mandata est, geri coeperit" l. 6 D. de iurisdict. 2,1). Ist das nicht mehr der Fall, dann hat der Mandatar die sich aus der Sachlage ergebenden zur Abwendung von Schaden notwendigen Handlungen vorzunehmen und kann für

die dabei gehabten Auslagen usw. von den Erben Entschädigung verlangen (arg. § 11 J. de mandato 3,26; l. 29 § 11 D. mandati 17,1). In dem uns interessierenden Falle des mandatum rei custodiendae dürfte wohl niemals mehr res integra sein, denn die Ausführung der Verwahrung hat ja stets begonnen; der Mandatar muss sich also der in seiner Obhut befindlichen Sachen auch weiterhin annehmen und darf sie nicht einfach preisgeben. Es ist dies keine Unbilligkeit, denn er kann ja, wenn er den Erben eine Gefälligkeit nicht erweisen will, den Auftrag kündigen.

Auch durch den Tod des Mandatars erlischt das Mandat (Gaius III, 160; § 10 J. de mandato 3,26), denn es gründet sich auf das gerade der Persönlichkeit des Verstorbenen geschenkte besondere Vertrauen, welches nicht ohne weiteres auch dessen Erben entgegengebracht wird (l. 57 D. mandati 17,1). Das gilt jedoch auch hier in vollem Umfange nur dann, wenn noch mandatum integrum ist. Fangen also die Erben des Mandatars erst an, das diesem aufgetragene Geschäft auszuführen, so braucht das der Mandant nicht anzuerkennen (l. 57 D. mandati 17,1), und sie können keine Entschädigung für gehabte Auslagen usw. fordern (l. 27 § 3 eod.). Hatte dagegen der Mandatar bei seinem Tode schon mit der Ausführung begonnen, so müssen sich die Erben des Geschäftes, soweit es zur Vermeidung von Schaden erforderlich ist, annehmen und es so lange fortführen, bis der Mandant anderweitige Vorkehrungen treffen kann (arg. l. 1 pr. D. de fide-

juss., 27,7; l. 40 D. pro socio 13,2); die Auslagen usw. sind ihnen dann natürlich zu ersetzen. In unserem Falle hätten demnach die Erben die Pflicht, die Sache so lange zu verwahren, bis — eventuell auf ihre Kündigung hin — der Mandant dieselbe zurücknimmt.

Wir sehen somit, dass auch in dieser Hinsicht, was den Übergang auf die Erben anlangt, gerade das mandatum rei custodiendae sich dem Depositum nähert.

IV. 1. Das Depositum wie das Mandat gehören, wie wir schon oben (S. 47 f.) erwähnt, zu den contractus bilaterales inaequales. Regelmässig und hauptsächlich gehen aus denselben Verpflichtungen des Depositars resp. Mandatars hervor, deren Betrachtung wir uns nunmehr zuwenden wollen; und zwar wollen wir zunächst die Rechtsstellung der genannten Kontrahenten zu den ihnen vom Deponenten resp. Mandanten anvertrauten Sachen näher ins Auge fassen.

a) Die zur Verwahrung gegebene Sache braucht nach unseren Ausführungen (S. 46 f.) nicht notwendig dem Deponenten oder Mandanten zu gehören, was allerdings die Regel sein wird, sondern sie kann auch im Eigentum eines Dritten stehen; dagegen darf nicht der Verwahrende Eigentümer der Sache sein, da dies dem Wesen der beiden Verträge widersprechen würde. Es fragt sich nun, ob der Depositar resp. Mandatar durch die Hingabe der Sache vielleicht Besitz oder gar Eigentum er-

langt und ob er dieselbe in seinem eigenen Interesse gebrauchen darf.

Die erstere dieser Fragen beantwortet sich regelmässig dahin, dass dem Hinterlegenden, dem überwiegenden Interesse, welches er an der Ausführung des Vertrages hat, entsprechend, Eigentum und Besitz an der Sache verbleibt; der Verwahrende hat sie nur für ihn, er hat nur die Detention. Für das Depositum ist dies in den Quellen mehrfach ausdrücklich ausgesprochen (l. 17 § 1 D. depositi 16,3; l. 3 § 20 l. 30 § 6 D. de acquir. vel amitt. poss. 41,2), für das Mandat darf es aus l. 49 § 2 D. eod. entnommen werden; denn wenn schon der Mandatar, sofern er als offener Stellvertreter auftritt, für den Mandanten sogar ohne dessen Wissen Besitz erwirbt, wie viel mehr wird der Mandant den Besitz behalten, wenn er eine Sache dem Mandatar übergibt; und das gilt natürlich in weit höherem Masse auch vom Eigentum.

Von der Regel, dass der Depositar resp. Mandatar nur die Detention der ihm anvertrauten Sache erlangt, finden aber Ausnahmen statt. Dies ist zunächst der Fall bei der Sequestration, der Hinterlegung einer Sache durch mehrere bei einem Dritten, mit der Verabredung, dass je nach der Lage der Dinge, meist der Entscheidung eines Rechtsstreites, dieselbe einen von ihnen herausgegeben werden soll. Wir haben hier zu unterscheiden, ob die Sequestration custodiae causa oder possessionis omittendae causa erfolgt.[a] In ersterem Fall hat es

a) Savigny a. a. O. S. 346; Brinz a. a. O. Bd. II S. 604; Glück a. a. O. S. 144 ff.; Schilling a. a. O. § 275 Zus. 1; Karlowa

bei dem Satze sein Bewenden, dass der Verwahrer nur die Detention hat; das zeigt sich deutlich darin, dass durch die Sequestration die Ersitzung der Sache nicht unterbrochen wird, sondern die Zeit, welche der Sequester die Sache in Händen hat, dem obsiegenden Teile zu statten kommt (l. 39 D. de acquir. vel omitt. poss. 41,2). Verzichten dagegen die Parteien für die Dauer des Rechtsstreites auf ihre zweifelhaften Besitzansprüche, erfolgt also die Sequestration omittendae possessionis causa, dann tritt eine Unterbrechung der Usukapion ein, und der Sequester erwirbt den von Savigny[a] sogenannten abgeleiteten Besitz, d. h. er geniesst den Schutz der possessorischen Interdikte ebenso wie der juristische Besitzer, aber es fehlt ihm der animus domini, vielmehr will er die Sache für denjenigen haben, dem er sie künftighin ausantworten muss (vgl. l. 39 D. eod.; l. 17 § 1 D depositi 16,3). Über den Unterschied der Sequestration von dem gewöhnlichen Depositum einer Sache durch mehrere Personen ist unten (S. 81 f.) zu sprechen.

Endlich kann der Depositar wie auch der Mandatar unter gewissen Umständen sogar Eigentum und juristischen Besitz an Sachen des Deponenten und Mandanten erwerben. Vor allen Dingen ist dies der Fall beim depositum irregulare; dadurch dass hier dem Depositar nur die Verpflichtung auferlegt wird, eine gleiche Quantität gleicher Qualität

a. a. O. S. 607 u. a. Dagegen Dernburg Pand. Bd. I § 173 Anm 5. Sintenis a. a. O § 112 Anm. 64, welche dem Sequester stets juristischen Besitz zuschreiben.

a) Savigny a. a O S. 125 ff.

zu restituieren, wird er zum Besitzer und Eigentümer der ihm übergebenen vertretbaren Sachen gemacht. Vom Darlehn unterscheidet sich ein solches Geschäft[a] namentlich durch die Verschiedenheit seiner Intention; bei ihm geht nämlich der Anstoss vom Geber und dessen Bedürfnis aus, während beim mutuum das Interesse des Empfängers den Anlass zur Hingabe gibt. Weitere Unterschiede sekundärer Natur sind, dass die actio depositi directa infamiert, die condictio certi und triticaria dagegen nicht, dass mit der ersteren Klage als einer actio bonae fidei Zinsen aus einem formlosen Vertrage und aus Verzug gefordert werden können, während beim Darlehn eine besondere Zinsstipulation erforderlich ist, dass beim depositum irregulare die Kompensation ausgeschlossen ist, dass es nicht der exceptio S. C. Macedoniani unterliegt u. s. w. Ein näheres Eingehen auf diese Frage gehört nicht in den Rahmen unserer Darstellung.[b] Auch beim Mandat kommt es, abgesehen von dem Fall, dass der Mandatar bei dem Erwerbe einer Sache von einem Dritten nicht als offener Stellvertreter auftritt, vor, dass er Eigentum an solchen Sachen erwirbt, welche ihm vom Mandanten übergeben werden, z. B. an Vorschüssen, welche ihm dieser zur Tragung der durch die Geschäftsbesorgung entstehenden Unkosten leistet; doch ist hierzu immer

a) Von einzelnen Schriftstellern ist jedoch ein jeder Unterschied geleugnet; vgl. Vangerow a. a. O. § 630 Anm. a. A.

b) Vgl. Windscheid a. a. O. § 379; Schilling a. a. O. § 274; Dernburg Pand. Bd II § 93; Sintenis a. a. O. S. 568: Brinz a. a. O. Bd. II S. 602.

eine besondere Vereinbarung erforderlich[a] (l. 22. § 7 D. mandati 17,1).

Das Depositum bezweckt ausschliesslich Verwahrung im Interesse des Deponenten, es widerspricht daher der Natur desselben, dass der Depositar von der hinterlegten Sache Gebrauch macht (l. 29 pr. D. depositi 16,3); tut er dies dennoch, so tritt, wie wir unten (S. 93) sehen werden, eine Erhöhung der Haftung und eine Zinszahlungspflicht ein, und falls es in gewinnsüchtiger Absicht und in dem Bewusstsein geschah, gegen den Willen des Deponenten zu handeln, so macht er sich eines furtum usus schuldig (Gaius III 196, 197; §§ 6, 7 J. de obl. quae ex del. 4,1; l 46 § 7 l. 76 pr. D. de furt. 47,2). Es kann nun aber dem Depositar der Gebrauch der Sache ausdrücklich oder stillschweigend gestattet sein (l. 24 l. 26 § 1 D. depositi 16,3), ja derselbe kann sogar unter Umständen zur Erhaltung der Sache erforderlich sein, z. B. das Ausfahren von Pferden.[b] Die Meinung der Kontrahenten darf jedoch niemals dahin gehen, dass der Gebrauch dem Depositar ein Äquivalent für die von ihm geleistete Verwahrungstätigkeit bieten solle, denn dann geht das Depositum in einen der Miete nahe verwandten („quasi genus locati etconducti") Innominatkontrakt über (l. 1 § 9 in medio D. depositi 16,3). Sind vertretbare Sachen hinterlegt worden und ist dem Depositar die freie Dispositionsbefugnis darüber gewährt, was beim Geld als still-

a) Windscheid a. a. O. § 410 Anm. 6a.
b) Sintenis a. a. O. § 112 Anm. 36.

schweigend geschehen gilt, wenn es unverschlossen und unversiegelt übergeben ist (l. 31 D. locati 19,2; l. 25 § 1 D. depositi 16,3), so haben wir wieder den mehrfach erwähnten Fall des depositum irregulare vor uns.

Gleiche Regeln dürften auch für das Mandat, speziell das mandatum rei custodiendae gelten. Auch hier darf grundsätzlich der Mandatar von der ihm zur Aufbewahrung gegebenen Sache keinen Gebrauch machen; insbesondere wenn er Gelder unbefugterweise für sich verwertet, hat er dieselben zu verzinsen (l. 10 § 3 D. mandati 17,1). Aber weil das Mandat nicht nur wie das Depositum Verwahrung, sondern auch Verwaltung d. h. Wahrnehmung aller Interessen des Mandanten zum Gegenstand hat, so wird für den Mandatar in weit grösserem Umfange als für den Depositar nicht so sehr das Recht, als vielmehr die Pflicht bestehen, die ihm anvertraute Sache zu ihrer Erhaltung zu gebrauchen, sie nutzbar anzulegen u. s. w. Damit kommen wir aber schon in das Gebiet des folgenden Abschnittes, welcher von der von dem Verwahrenden zu leistenden Tätigkeit handeln soll.

b) Über den Inhalt dieser Tätigkeit haben wir im ersten Teil unserer Darstellung schon ausführlich gehandelt und nachzuweisen versucht, dass je nach dem Masse derselben der eine oder der andere der beiden Kontrakte anzunehmen ist. Wir sahen, dass die Tätigkeit des Depositars sich in der blossen Verwahrung der Sache erschöpft, während der Mandatar unter Umständen die Sache auch zu verwerten,

z. B. verzinslich anzulegen, kurz so zu handeln hat, als ob er der Mandant selbst wäre.

Hier wollen wir nur noch in Kürze erörtern, inwieweit der Depositar resp. Mandatar an ihm erteilte Instruktionen gebunden ist, und ob er sich bei der Ausübung seiner Tätigkeit durch einen Dritten, einen Substituten vertreten lassen kann. Beim Depositum werden regelmässig über die Art und Weise der Verwahrung Instruktionen nicht erteilt werden, denn es kommt dem Deponenten lediglich auf den Erfolg, das unbeschädigte Zurückerlangen der Sache an; daher geben die Quellen keine besonderen Vorschriften. Sollten jedoch in gewissen Fällen nähere Anweisungen gegeben sein, so dürften wohl die für das Mandat geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden. Bei diesem Kontrakte nämlich wird es häufig vorkommen, dass die vom Mandatar zu leistende Tätigkeit näher spezialisiert wird oder dass für die aufzuwendenden Kosten eine Grenze gezogen wird, sei es nun gleich beim Abschluss des Vertrages oder späterhin; doch darf dadurch natürlich der Vertrag nachträglich nicht in solchem Umfange abgeändert werden, dass er zu einem ganz anderen wird, den der Mandatar vielleicht gar nicht eingegangen sein würde. Sind dem Mandatar nähere Anweisungen über seine Tätigkeit nicht erteilt worden, so sind für ihn die Natur und der Zweck des Geschäftes, vor allem aber das Interesse des Mandanten massgebend (l. 46 l. 3 pr. D. mandati 17, 1; l. 49 D. de pro curat 3, 3), mit welchen Mitteln er zum Ziele gelangt, das unterliegt seinem

vernünftigen Ermessen (l. 46 D. mandati 17, 1; l. 56 l. 62 D. de procurat 3, 3). Für den Fall aber, dass ihm besondere Instruktionen gegeben sind, ist er an dieselben gebunden; sie bilden eine Richtschnur für sein Handeln, über die er nicht hinausgehen darf (§ 8 J. de mandato 3, 26; l. 5 pr. l. 46 D. mandati 17, 1; l. 12 C. mandati 4, 35). Tut er dies, ohne dass Umstände, die er nicht zu vertreten hat, ihn dazu zwingen, so ist er verpflichtet den daraus entstehenden Schaden zu tragen (Paulus sent. II, 15, 3; l. 5 §§ 3, 4 l. 41 D. mandati 17, 1) und kann, wie wir unten (S. 108) sehen werden, auch nicht vollen Ersatz für die gehabten Auslagen verlangen (§ 8 J. de mandato 3, 26; l. 4 D. mandati 17, 1). Ja unter Umständen braucht der Mandant ein von dem Mandatar vorgenommenes Geschäft überhaupt nicht gelten zu lassen, wenn dieses nämlich ein ganz anderes ist als das aufgetragene, wenn also der Satz gilt: „qui excessit, aliud quid facere videtur" (l. 5 pr. § 2 l. 3 pr. D. eod.; l. 63 pr. D. de contrah. emt. 18, 1; l. 10 C. de procurat 2, 13). Wann eine Überschreitung der gezogenen Grenzen vorliegt, wird nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen sein; jedenfalls ist eine solche nicht anzunehmen, vielmehr das Geschäft als mandatsgemäss vollzogen anzusehen, wenn der Mandatar mit geringeren Mitteln als ihm zugebilligt zum Ziele gelangt ist (l. 5 § 5 D. mandati 17, 1) oder mit den ihm zur Verfügung gestellten Mitteln mehr erreicht hat, als ihm aufgetragen war (§ 8 J. de mandato 3, 26; l. 5 § 5 D. mandati 17, 1) vorausgesetzt natürlich, dass er hinsichtlich der Art

seiner Tätigkeit nicht von dem Willen des Auftraggebers abwich, denn sonst ist diesem mit den Erfolgen nicht gedient.

Depositum und Mandat beruhen auf dem einer bestimmten Person geschenkten Vertrauen, es hat daher der Depositar resp. Mandatar nicht ohne weiteres das Recht, die ihm obliegende Tätigkeit durch einen Dritten vornehmen zu lassen. Anders allerdings die herrschende Meinung;[a] dieselbe konstruiert nämlich auf Grund von l. 8 § 3 D. mandati 17, 1 eine allgemeine Substitutionsbefugnis des Mandatars, doch wohl mit Unrecht. Diese Stelle handelt gar nicht von der Befugnis zur Substitution, sie setzt vielmehr befugte Substitution voraus, denn sonst brauchte von einer Abtretung der Klage des ersten Depositars gegen den zweiten gar nicht die Rede zu sein, sondern es bliebe, wie wir unten (S. 102 f.) sehen werden, die Vertragsklage gegen den ersten bestehen. In ganz gleicher Weise ergibt sich durch die Interpretation[b] von l. 16 D. depositi 16, 3, dass grundsätzlich auch dem Depositar die Befugnis zur Bestellung eines Substituten abgeht, was ebenfalls von einzelnen Schriftstellern[c] bestritten wurde. Wir werden mithin sagen müssen, dass der Depositar und der Mandatar regelmässig die Obligation in eigener Person erfüllen müssen und ihnen Substitution ausdrücklich oder stillschweigend im Sinne des Ver-

a) Dernburg Pand. Bd. II S. 321; Schilling a. a. O. § 370 i; Unterholzner a. a. O. S. 595; Sintenis a. a. O. S. 585; Glück a. a. O. S. 259.

b) Vgl. Dernburg Pand. Bd. II S. 249 Text u. Anm. 10.

c) Seuffert a. a. O. S. 202; Unterholzner a. a. O. S. 665.

trages gestattet sein muss.[a] Die oben (S. 75 Anm. a) zitierten Autoren werden dagegen ihre Meinung dahin formulieren, dass dem Depositar und Mandatar grundsätzlich eine Substitution freisteht und dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen werden muss. Es ist dies im Grunde, wie Sintenis[b] bemerkt, nur eine redaktionelle Verschiedenheit, ein Unterschied der Sache nach besteht nicht. Jedenfalls ersehen wir so viel, dass die Substitution eine befugte oder eine unbefugte sein kann. War sie dem Depositar resp. Mandatar gestattet, dann haftet er nur für culpa in eligendo und braucht nur seine Ansprüche gegen den Substituten an den Deponenten resp Mandanten abzutreten (l. 16 D. depositi 16, 3; l. 8 § 3 D. mandati 17, 1; l. 21 § 3 D. neg. gest. 3,5). Hat er dagegen ohne Erlaubnis die Verwahrung oder die Ausführung des Auftrages einem Dritten überlassen, so haftet er für jeden dadurch entstehenden Schaden, insbesondere muss er für das Verschulden des Substituten wie für sein eigenes einstehen (l. 2 § 1 D. si mensor fals. mod. dix. 11, 6). Inwieweit sich der Deponent resp Mandant unmittelbar an den Substituten halten kann, wird in anderem Zusammenhange (S. 100 f., 102 f.) zu erörtern sein.

c) Bei dem Depositum ist der alleinige Zweck des Vertrages stets die unbeschädigte Rückgabe der Sache, während beim Mandat der von dem Mandanten mit der Hingabe der Sache angestrebte Erfolg ein mannigfacher sein kann; der Mandatar soll

a) Windscheid a. a. O. § 410 Anm. 5.
b) Sintenis a. a. O. § 113 Anm. 49.

z B. die Sache veräussern, einem Dritten überbringen, ein Gutachten über dieselbe abgeben usw. Für uns aber kommt nur in Betracht das mandatum custodiae, der Fall, dass der Mandatar ebenso wie der Depositar die Sache zurückgeben soll.

Entsprechend dem vorgedachten Zwecke ist des Depositars Pflicht vor allem, die ihm zur Verwahrung anvertraute Sache selbst zu restituieren (§ 3 J. quib. mod. re contr. 3, 14), und zwar grundsätzlich in specie; auch Geld erscheint als Speziessache, wenn es in einem Beutel, Packet usw. übergeben ist (l. 24 D. depositi 16, 3). Nur im Falle des depositum irregulare braucht der Empfänger nur tantundem eiusdem generis zurückzuerstatten (ibid.). Auch der Mandatar soll ebensowenig wie der Depositar einen Vorteil von seiner Tätigkeit haben, es gilt daher der Satz: „ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet" (l. 20 pr. D. mandati 17, 1). Er hat demnach ebenfalls in erster Linie alles, was ihm vom Auftraggeber anvertraut wurde, nach gemachtem Gebrauch, resp. speziell beim Verwahrungsauftrag, nach Beendigung desselben herauszugeben (l. 8 pr. l. 27 § 1 l. 55 D. eod.).

Mit der Sache ist ihr ganzes Zubehör vom Depositar zurückzugeben (l. 1 § 24 D. depositi 16, 3), obwohl dies im Zweifel als nicht mit deponiert gilt (l. 1 § 5 D. eod.), eine Eigentümlichkeit der r. R., die wohl darauf beruht, dass das Zubehör nicht allein, sondern nur zusammen mit der Sache eingeklagt werden konnte[a] (vgl. S. 97 f.). Hingegen ist,

a) Dernburg Pand. Bd. II § 92 Anm. 11; Brinz a. a. O. Bd. II § 317 Anm. 57; vgl. Jhering Jahrb. 1. Bd. S. 35 f.

wenn eine verschlossene Kiste hinterlegt ist, auch deren Inhalt, selbst wenn der Depositar ihn nicht kennt, als deponiert zu erachten, also mit herauszugeben (l. 1 § 41 D. eod.). In gleicher Weise erstreckt sich auch die Restitutionspflicht des Mandatars auf alles Zubehör, selbst auf dasjenige, welches er mit eigenen Mitteln angeschafft hat, sofern der Mandant die Kosten zu ersetzen bereit ist (l. 10 § 10 D. mandati 17, 1).

Depositar und Mandatar haben endlich auch die Erzeugnisse der ihnen anvertrauten Sachen herauszugeben (l. 1 § 24 D. depositi 16,3, l. 10 § 2 D. mandati 17,1, l. 38 § 10 D. de usur. 22,1); sollten dieselben infolge eines Umstandes, welchen sie zu vertreten haben, nicht mehr vorhanden sein, so müssen sie dafür Ersatz leisten. Haben die genannten Kontrahenten, ohne dass dies ihnen von dem Deponenten resp. Mandanten ausdrücklich oder stillschweigend gestattet war, die Sache oder deren Erzeugnisse zu eigenem Nutzen verwendet, so müssen sie den gezogenen Vorteil erstatten, Geld insbesondere verzinsen (l. 28 D. depositi 16,3, l. 3 l. 4 C. depositi 4,34, l. 10 § 3 D. mandati 17.1). Der Mandatar speziell muss auch alles das herausgeben, was er in und bei der Ausführung des ihm aufgetragenen Geschäfts erworben hat; trat er bei diesem Erwerbe als offener Stellvertreter auf, dann ist der Mandant bereits Besitzer und Eigentümer geworden, es bedarf also nur der faktischen Ausantwortung des Erworbenen; handelte er dagegen bei dem Erwerbe im eigenen Namen, dann muss er das Eigentum an dem Er-

worbenen auf den Mandanten übertragen, resp. falls eine Übergabe an ihn, den Mandatar, noch nicht erfolgt ist, den persönlichen Anspruch auf dieselbe an jenen abtreten (l. 8 §§ 5, 10 l. 43 l. 45 pr. D. mandati 17,1, l. 49 § 2 D. de acquir. vel amitt. poss. 41,2). Der erlangte Gewinn ist auch dann zu restituieren, wenn derselbe ausserhalb der Berechnung des Mandanten lag (l. 46 § 4 D. procur. 3,3), wenn er gezogen wurde in Überschreitung der erteilten Instruktionen, ja sogar gegen ein ausdrückliches Verbot (l. 10 §§ 3, 8 D. mandati 17,1). Hat also z. B. der Beauftragte, trotzdem es ihm vom Auftraggeber untersagt war, das ihm anvertraute Geld verzinslich ausgeliehen, so darf er die eingenommenen Zinsen nicht für sich behalten (l. 10 § 8 D. eod), es sei denn, dass er es auf eigene Rechnung und Gefahr getan hat (ibid. in fin.). Andererseits besteht, auch wenn ihm dies nicht ausdrücklich aufgetragen war, für ihn die Pflicht, ihm übergebene Gelder verzinslich anzulegen, sofern der Mandant in dem betreffenden Falle ein Gleiches getan haben würde; unterlässt er dies, so hat er die Zinsen aus eigenen Mitteln zu erstatten (l. 13 § 1 D. de usur. 22,1). Nur in einem Falle darf er etwas aus dem Mandat für sich behalten, wenn er nämlich gelegentlich der Ausführung desselben für eigene Rechnung einen rein zufälligen Gewinn macht, z. B. ein Geschenk erhält;[a] es ist dies auch billig, da er die Gefahr trägt, wenn ihn bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrags ein Zufall trifft (S. 106).

a) Unterholzner a. a. O. S. 594; Holzschuher a. a. O. § 273 Noten 13, 9.

Der Mandatar hat über die gemachten Erwerbungen, Ausgaben u. s. w. Rechnung zu legen (l. 46 § 4 D. de procur. 3,3, l. 9 pr. D. de edend. 2,13, l. 56 § 2 D. mandati 17,1) und dementsprechend zu restituieren. Für das Depositum haben die Quellen eine solche Rechnungslegungspflicht nicht statuiert, da hier die Grösse der herauszugebenden Sache wohl feststeht, während beim Mandat über dieselbe wegen etwaiger Veräusserungen, Anschaffungen u. s. w. Zweifel obwalten können.

Die Rückgabe kann grundsätzlich derjenige verlangen, welcher die Sache zur Verwahrung hingegeben hat (l. 1 § 22 D. depositi 16,3), gleichgültig, ob er der Eigentümer ist oder nicht; also auch dem Dieb kann in der Regel (Ausnahme s. S. 84 f.) die Herausgabe der von ihm hinterlegten Sache nicht verweigert werden (l. 1 § 39 D. eod). Es ist jedoch nicht immer erforderlich, dass die Restitution an denjenigen erfolgt, welcher die Sache deponiert hat. Ergibt sich aus den Umständen, dass der Hinterlegende selbst nur die Mittelsperson eines andern ist, und nimmt der Depositar die Sache in diesem Sinne an, so steht der Anspruch auf Rückgabe demjenigen zu, auf dessen Geheiss die Hinterlegung erfolgte (l. 1 § 11 D. eod), und zwar ist seine Klage als directa, nicht als utilis zu denken (vgl. S. 53). Es kann ferner beim Vertragsschluss vereinbart sein, dass die Rückgabe an einen Dritten erfolgen solle (l. 1 § 33 l. 26 pr. D. eod); der letztere hat dann mit der actio depositi als utilis einen Anspruch darauf, dass ihm restituiert werde (l. 8 C. ad exhib.

3,42; vgl. S. 101). Das Gleiche dürfte gelten, wenn der Deponent dem Depositar nachträglich eine entsprechende Weisung erteilt.

Haben mehrere eine Sache deponiert oder sind mehrere Erben des Deponenten vorhanden, so haben wir zu unterscheiden, ob die Sache teilbar oder unteilbar ist. In letzterem Falle darf der Depositar die Sache nur an alle Berechtigten zusammen herausgeben; ein einzelner derselben kann das Ganze nur verlangen, wenn er dem Depositar die Vollmacht der übrigen vorlegt und Kaution leistet, anderenfalls kann er nur Hinterlegung an einem sicheren Orte beanspruchen (l. 1 §§ 36, 44 D. depositi 16,3). Handelt es sich dagegen um eine teilbare Sache, so kann jeder der mehreren Deponenten resp. Erben seine Rate fordern (l. 12 C. depositi 4,34). Ist Geld in einem versiegelten Beutel deponiert worden, dann können die mehreren Berechtigten also nur auf ihren Anteil klagen; der Beutel ist dann vor dem Prätor oder unbescholtenen Personen zu öffnen (l. 1 § 36 D. depositi 16,3). Das eben Gesagte gilt aber nicht von der Sequestration. Abgesehen davon, dass der Sequester unter Umständen abgeleiteten Besitz hat (S. 68 f.), besteht der Unterschied derselben von einer durch mehreren Personen erfolgten Hinterlegung namentlich darin, dass jeder der mehreren Beteiligten als Deponent in solidum gilt und die Sache stets nur einem von ihnen, regelmässig dem Sieger im Prozesse, ganz zu restituieren ist, gleichgültig ob die Sache teilbar ist oder nicht (l. 6 l. 17 pr. D. eod). Eine weitere Verschiedenheit liegt

darin, dass bei der Sequestration die Rückgabe nicht jederzeit, sondern nur sub conditione, bei Eintritt der Voraussetzung, unter welcher die Sequestration erfolgte, verlangt werden kann (ibid); eine vorzeitige Zurücknahme ist nur möglich durch Übereinkunft aller Beteiligter resp. bei der sequestratio necessaria durch richterliche Verfügung. Dementsprechend kann der Sequester nicht wie der Depositar nach freiem Belieben kündigen, sondern er muss die Sache bis zur Beendigung der Sequestration behalten; nur aus ganz triftigen Gründen kann er auf sein Ersuchen vom Prätor seiner Verpflichtungen entbunden werden; dann darf er die Sache aber nicht den Parteien ausantworten, sondern er muss sie in einem Tempel niederlegen (l. 5 § 2 D. eod).

Die dargestellten Grundsätze dürften auch für das Mandat gelten; regelmässig wird auch hier die Restitution an den Mandanten zu erfolgen haben, weit häufiger als beim Depositum wird jedoch die Herausgabe an einen Dritten vereinbart sein oder nachträglich aufgetragen werden.

Deponent wie Mandant haben das Recht, jederzeit den Vertrag zu kündigen, d. h. Rückgabe der in Verwahrung gegebenen Sache zu verlangen; an Zeitbestimmungen sind sie dabei nicht gebunden, da diese lediglich als in ihrem Interesse beigefügt gelten (vgl. S. 61 f.). Der Depositar resp. Mandatar hat daraufhin die Sache sofort zu restituieren, es sei denn, dass eine Herbeischaffung der Sache augenblicklich physisch unmöglich ist, weil sich dieselbe z. B. an einem weit entfernten Orte oder in einem

verschlossenen Raume, dessen Öffnung im Augenblick nicht tunlich ist, befindet (l. 1 § 22 D. eod.).

Die Restitution hat an demjenigen Orte zu erfolgen, welchen die Parteien beim Abschlusse des Vertrages hierzu bestimmt haben; sind solche Vereinbarungen nicht getroffen, dann an demjenigen Orte, an welchem sich die Sache im Zeitpunkt der Rückgabe ohne dolus des Depositars befindet, gleichgültig ob dies der Ort ist, an welchem hinterlegt wurde, oder nicht (l. 12 § 1 D. eod). Verlangt der Hinterleger, dass ihm an einem anderen als dem letztgedachten Orte zurückgegeben werde, so hat er die Kosten der Hinschaffung an denselben zu tragen (l. 12 pr. D. eod.). Hatte dagegen der Verwahrer die Sache dolos anderswohin geschafft, dann treffen ihn die Kosten des Transportes an die frühere Stelle, falls der Deponent auf Restitution an dieser besteht (l. 12 § 1 D. eod.). Für das Mandat geben die Quellen ausdrückliche Bestimmungen über den Ort der Rückgabe nicht; wir dürfen jedoch wohl die für das Depositum gegebenen als der Billigkeit entsprechend auch hier anwenden.

Der Depositar darf die Herausgabe der Sache nicht deshalb verweigern, weil ein Dritter als vermeintlicher oder wirklicher Eigentümer dagegen Einspruch erhebt; das hat Justinian ausdrücklich bestimmt in nov. 88 cap. 1, durch welche l. 1 § 1 C. depositi 4,34, nach welcher der Depositar in einem solchen Falle nur gegen cautio defensum iri zu restituieren brauchte, aufgehoben worden ist. Nach den Vorschriften dieser Novelle hat sogar der

Dritte, wenn er durch seinen Einspruch die Herausgabe der Sache verhindert oder verzögert, die Gefahr der deponierten Sache zu tragen und sie dem Deponenten von der Erhebung des Einspruches an mit 4 % des Wertes zu verzinsen. Nur in zwei Fällen ist der Depositar berechtigt und sogar verpflichtet, die Restitution an den Hinterleger zu verweigern; er muss nämlich einmal dann, wenn das Vermögen des Deponenten konfisziert oder ein prätorischer Hemmungsbefehl ergangen ist, die Sache an die Staatskasse resp. die vom Prätor bestimmte Person ausantworten (l. 31 pr. D. depositi 16,3; l. 15 § 12 D. de re jud. 42,1), und ferner hat er, falls er erfährt, dass der Deponent die Sache durch ein Verbrechen erlangt hat, dieselbe dem Eigentümer herauszugeben, aber nur wenn dieser sich meldet (l. 31 § 1 D. depositi 16,3), sonst dem Deponenten, und sei er auch ein fur oder praedo (l. 1 § 39 l. 31 § 1 D. eod.; vgl. S. 80).

Was die Frage betrifft, ob der Depositar aus dem Grunde, dass er selbst Eigentümer der verwahrten Sache sei, die Rückgabe derselben verweigern darf, so haben wir hier mehrere Fälle zu unterscheiden. Weist der Depositar nach, dass er bei der Hingabe schon Eigentümer war und dies sich nur später herausgestellt hat — er erkannte z. B. eine bei ihm hinterlegte Sache als die seinige, ihm gestohlene, — dann ist ein Depositum überhaupt gar nicht zu stande gekommen, es besteht also auch keine vertragsmässige Pflicht zur Rückgabe (l. 15 D. eod.; l. 45

pr. D. de regul. iur. 50,17). Auch dann, wenn der Depositar späterhin das Eigentum von dem Deponenten erworben hat, dürfte wohl kein Zweifel bestehen, dass er zur Verweigerung der Restitution berechtigt ist, denn in der Veräusserung liegt doch wohl eine stillschweigende Lösung des Verwahrungsvertrages.[a] Streitig wäre somit eigentlich nur der Fall, dass der Depositar späterhin von einem Dritten Eigentum erlangt hat. Hier glauben nun einzelne Schriftsteller,[b] gestützt auf l. 11 C. depositi 4,34 annehmen zu dürfen, dass der Eigentumseinwand überhaupt ausgeschlossen sei, während andere[c] denselben stets zulassen wollen, weil in ihm nicht so sehr eine eigentliche Einrede, als vielmehr eine Negation des Klagegrundes, ein Leugnen der Rechtsbeständigkeit des Depositum liege. Eine vermittelnde Ansicht[d] endlich geht dahin, dass der Einwand dann Berechtigung habe, wenn er liquide sei; denn kann der Depositar sofort sein Eigentum beweisen, so ist das Depositum nach l. 45 pr. D. de regul. iur. 50,17 nichtig. Ist er dagegen dazu nicht imstande, so muss er die Sache zunächst herausgeben und sein Eigentum in einem besonderen Prozesse geltend machen; denn wäre auch in einem solchen Falle der Einwand gestattet, dann würde die Ver-

---

a) Windscheid a. a. O. § 378 Anm. 3; Unterholzner a. a. O. S. 665; Dernburg Pand. Bd II § 92 Anm. 23; Sintenis a. a. O. S 565.

b) Windscheid a. a. O. § 378.

c) Dernburg Pand. Bd. II § 92 Anm 23; Puchta Pand. § 321 Anm. r.

d) Seuffert a. a. O. S. 203; Glück a. a. O. S. 196 ff.; Holzschuher a. a. O. § 271 Note 17; Schweppe a. a. O. § 456.

sagung des Retentionsrechtes, auf welche wir unten (S. 115 f.) zu sprechen kommen, gar keinen Sinn haben. Den gleichen Voraussetzungen, das ist hier noch nachzuholen, unterliegt natürlich auch der zuerst erwähnte Fall, dass der Depositar einwendet, er sei von Anfang an Eigentümer gewesen; auch damit dringt er nur durch, wenn er das sofort nachweisen kann, denn sonst könnte er auch hier durch sein blosses Vorgeben den Erfolg der Retention, welche ihm das Gesetz versagt, herbeiführen. Die dargestellten Grundsätze dürften auch für das Mandat Anwendung finden bezüglich derjenigen Sachen, welche dem Mandatar von dem Mandanten zur Verwahrung anvertraut sind. Erwirbt der erstere von dem Auftraggeber späterhin das Eigentum an denselben, so wird das Auftragsverhältnis contrario consensu gelöst. Macht der Mandatar sonst den Eigentumseinwand geltend, so wird er denselben sofort beweisen müssen; gelingt ihm dies, dann wird seine Verpflichtung zur Restitution hinfällig, denn es liegt gar kein Mandat, sondern ein unverbindlicher Rat vor, in gewisser Weise mit der Sache zu verfahren, sei es von vornherein, wenn er nämlich bei Eingehung des Vertrages selbst schon Eigentümer war, sei es erst von einem späteren Augenblicke an, falls er das Eigentum von einem Dritten nachträglich erworben hat. Hat dagegen der Mandatar seinen Einwand nicht liquide, so wird er die Sache zunächst herauszugeben haben und muss eine selbständige rei vindicatio erheben. In Rücksicht auf diejenigen Sachen dagegen, welche er in und

bei Ausführung des Mandates zu Eigentum erwirbt, indem er nicht als offener Stellvertreter auftritt, wird ihm der gedachte Einwand, auch wenn er liquide ist, regelmässig nichts nützen, vielmehr ist er ja gerade verpflichtet, das Eigentum daran auf den Mandanten zu übertragen (vgl. S. 78 f.)

Endlich erhebt sich noch die Frage, ob der Depositar resp. Mandatar wegen einer ihm zustehenden Gegenforderung zur Zurückbehaltung der ihm anvertrauten Sache und zur Aufrechnung mit derselben befugt ist; dieselbe ist bei der Darstellung der Geltendmachung der Gegenforderungen überhaupt zu beantworten.

d) Eine grundlegende Verschiedenheit zwischen unseren beiden Verträgen, die sich aber mit Konsequenz aus dem verschiedenartigen Wesen derselben ergibt, besteht bezüglich der Haftung des Depositars und Mandatars.

Was zunächst den ersteren anlangt, so übernimmt er lediglich die Verpflichtung, die Sache treu zu verwahren, eine besonders umfangreiche Tätigkeit und eine Förderung der Interessen des Deponenten liegt ihm nicht ob. Es wird daher der Hinterleger mit Leichtigkeit jemanden finden, der zur Annahme der Sache bereit ist, und er wird in der Lage sein, als Depositar eine vertrauenswürdige Person auszusuchen[a] (§ 3 J. quib. mod. re 3,14). Somit liegt durchaus kein Grund vor, dem Depositar eine besondere Sorgfalt aufzuerlegen, und es bleibt bei dem römischen Haftprinzip, dass derjenige, welcher aus

a) Vgl. Ubellohde a. a. O. S. 234 ff.

einem Geschäft keinen Vorteil zieht, für culpa levis nicht einzustehen braucht (l. 5 § 2 D. commodati 13,6). Auch historisch findet das seine volle Begründung, denn nach unseren Ausführungen (S. 37 ff.) war die actio depositi ursprünglich keine Kontraktsklage, sondern eine Deliktsklage: „es begründete also das Depositum als solches ursprünglich keine Obligation, sondern nur die Möglichkeit der Entstehung einer solchen durch Delikt".[a] Es haftet somit der Depositar regelmässig nur für dolus (§ 3 J. quib. mod. re 3,14; l. 1 §§ 8, 47 D. depositi 16,3) und die diesem gleich geachtete culpa lata (l. 32 D. depositi 16,3; l. 1 C. depositi 4,34). Aber auch diese Haftung wird dem Depositar noch dadurch erleichtert, dass die culpa lata nicht in abstracto, sondern in concreto bemessen wird. Ist also derselbe auch in eigenen Sachen notorisch nachlässig („rebus suis consueta negligentia") und behandelt er die ihm anvertraute Sache gleich nachlässig, so ist er für den entstehenden Schaden nicht verantwortlich (§ 3 J. quib. mod. re 3,14; l. 22 § 3 D. ad S. C. Trebell. 36,1), denn „qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet" (l. 1 § 5 D. depositi 16,3). Nur wenn er die fremde Sache noch nachlässiger behandelt als die eigenen, dann liegt auch von seinem Standpunkte aus culpa lata vor, es tritt also Haftung ein (l. 30 D. eod.). Aus dem Gesagten darf man aber nicht durch argumentum a contrario schliessen

a) Jhering Schuldmom. S. 189; ebenso Dernburg Pand. Bd. II § 37 Anm. 10 Compens. S. 53; Pernice a. a. O. Bd. I S. 435.

wollen, dass der Depositar überhaupt für culpa in concreto einsteht, also schon haftet, wenn er der fremden Sache nicht die gleiche Sorgfalt angedeihen lässt wie den seinigen, mit denen er vielleicht ausserordentlich sorgsam umgeht.[a] Seine Haftung erstreckt sich vielmehr nur auf culpa lata, grobe Nachlässigkeit im gewöhnlichen Sinne, nur dass sie ihm noch erleichtert wird durch Anlegung eines konkreten Massstabes.[b] Damit hängt zusammen die Frage, ob eine zu vertretende Culpa dann vorliegt, wenn der Depositar die eigenen Sachen rettet und die fremden untergehen lässt. Collatio X 3,16 stellt eine Vermutung dafür auf, dass derjenige, welcher die eigenen Sachen gerettet hat, auch die fremden retten konnte, also gegen Treu und Glauben verstiess, wenn er dies nicht tat; aber das ist eben nur eine Vermutung, die jederzeit durch den Beweis des Gegenteils entkräftet werden kann. Ob der Depositar die fremden Sachen vor den eigenen retten muss, das richtet sich nach der Lage des einzelnen Falles, insbesondere wohl auch nach dem Wertverhältnis der Sachen.[c] Die Quellen geben über diese Frage keine Auskunft; eine Analogie aus l. 5 § 4 D. commodati 13,6 ist ausgeschlossen, weil die Haftung des Kommodatars eine strengere ist als die des Depositars.

---

a) Unterholzner a. a. O. § 660 Anm. b; Hasse a. a. O. S. 370, 372.

b) Glück a. a. O. S. 172 f., 174 ff.; Holzschuher a. a. O. § 271 Note 11.

c) Unterholzner a. a. O. § 660 Anm b; Glück a. a. O. S. 181 ff.; Holzschuher a. a. O. § 271 Note 12.

Anders als beim Depositum liegen die Verhältnisse beim Mandat. Hier wird eine umfangreichere Tätigkeit gefordert, denn der Mandatar soll den Mandanten repräsentieren und dessen Interessen nach Möglichkeit fördern, und so wird sich nicht so leicht jemand zur unentgeltlichen Übernahme solcher Verpflichtungen bereit finden. Der Auftraggeber wird daher schwerlich eine Wahl unter verschiedenen Personen haben, sondern sich dem anvertrauen müssen, der sich gerade zur Übernahme erbietet. Derjenige, dem ein solch weitgehendes Vertrauen geschenkt wird, verspricht nun, die Geschäfte seines Mandanten exacto officio zu führen (l. 21 C. mandati 4,35), sie zu „besorgen": darin liegt schon, wie Windscheid[a] bemerkt, das stillschweigende Versprechen der Sorgfalt, und zwar nicht nur derjenigen Sorgfalt, die der Mandatar den eigenen Angelegenheiten zu widmen pflegt, sondern derjenigen, welche ein diligens pater familias anwenden würde. So kommt es denn, dass der Mandatar bei der Ausführung des Auftrages omnis culpa zu prästieren hat (l. 23 D. de regul. iur. 50,17; l. 8 § 10; l. 10 § 1 D. mandati 17,1; l. 11 C. mandati 4,35), trotzdem er von dem Geschäfte keinen Vorteil hat; nur für Zufall braucht er nicht einzustehen (l. 13 C. eod.; l. 23 D. de regul. iur. 50,17). Im Widerspruch mit dem Gesagten scheint allerdings Collatio X 2,3 zu stehen („in mandati vero judicio dolus, non etiam culpa deducitur"); diese Stelle bezieht sich aber wohl

a) Windscheid a. a. O. § 410 Anm. 4; Vgl. auch Hasse a. a. O. § 94; Glück a. a. O. S. 263 ff.

nur auf den Fall, dass der Mandatar bei Gelegenheit der Ausführung des Mandates Schaden stiftet, wo er also demnach nur dolus und culpa lata zu vertreten hätte.[a] Die Haftung des Mandatars erstreckt sich natürlich nur auf die Ausübung seiner Tätigkeit, er braucht nicht etwa für den Erfolg derselben einzustehen. Vor allen Dingen also macht er sich haftbar, wenn er den übernommenen Auftrag schuldhafterweise überhaupt nicht ausführt (l. 5 C. mandati 4,35; l. 5 § 1 l. 8 §§ 4, 10 l. 27 § 2 D. mandati 17,1); gelangt er also zu der Überzeugung, dass ihm die Ausführung unmöglich ist, so muss er dem Mandanten sofort Mitteilung machen (l. 27 § 2 D. eod.); unterlässt er dies, so liegt darin eine culpa, es sei denn, dass ihn triftige Gründe, welche er nicht zu vertreten hat, daran hinderten. Fernerhin hat der Mandatar für denjenigen Schaden einzustehen, der dadurch entsteht, dass er den Auftrag schlecht ausführt (l. 8 § 10 l. 27 § 2 l. 42 D. eod.); diese Ersatzpflicht setzt natürlich wie überall voraus, dass auch wirklich Schaden entstanden ist, sie greift daher z. B. nicht Platz, wenn ein anderer das Geschäft verrichtet hat (l. 8 § 6 D. eod.). Hat der Mandatar aber alles getan, was in seinen Kräften stand, so ist er für ein Misslingen nicht verantwortlich, denn dieses ist dann als ein Zufall zu betrachten (l. 56 § 4 D. eod.; l. 4 l. 13 C. mandati 4,35).

Der grosse Gegensatz, welcher zwischen den beiden Kontrakten hinsichtlich der Haftung der Haupt-

a) Unterholzner a. a. O. § 620 Note h; Schilling a a. O. § 320 Note ff.

verpflichteten besteht, verliert aber dadurch an Schärfe, dass einerseits die Haftung des Mandatars gemildert werden kann, andererseits diejenige des Depositars in zahlreichen Fällen eine Erhöhung erfährt; der Betrachtung der letzteren wollen wir uns zunächst zuwenden. Kaum der Erwähnung bedarf es wohl, dass der Depositar auch für die zufälligen Folgen seines arglistigen oder grobfahrlässigen Handelns einzustehen hat (Paulus sent. II, 12, 10: l. 12 § 3 D. depositi 16, 3). Befindet sich der Depositar mit der Rückgabe der Sache in Verzug, so treten die gewöhnlichen Folgen der mora ein, d. h. er trägt jetzt die Gefahr des zufälligen Untergangs (perpetuatur obligatio) und er hat Verzugszinsen und das sonstige Interesse, namentlich Früchte, die er hätte ziehen können, zu leisten (Paulus sent. II, 12, 7: l. 12 § 3 l. 14 D. depositi 16, 3). Für jegliches Verschulden haftet der Depositar nach der lex Aquilia, wenn er die ihm anvertraute Sache beschädigt (l. 42 D. ad leg. Aquil. 9, 2), dies ist aber keine vertragsmässige, sondern eine deliktische Haftung. Entsprechend der Natur des Depositum als contractus bonae fidei kann der Depositar ferner durch Vereinbarung mit dem Deponenten die Haftung für omnis culpa (l. 1 §§ 6, 35 D. depositi 16, 3: l. 1 C. depositi 4, 34), ja sogar für casus (l 7 § 15 l. 25 § 1 D. de pactis 2, 14) übernehmen, ohne dass dadurch das Wesen des Vertrages verletzt wird. Neben diesen allgemeinen Fällen, welche auch bei anderen Verträgen vorkommen, ist die Haftung noch durch eine Reihe Sondervorschriften gesteigert. So hat der Depositar

für „custodia“ im technischen Sinne einzustehen, wenn er sich zur Verwahrung hinzugedrängt hat (l. 1 § 35 D. depositi 16, 3). Hat er die Sache einmal widerrechtlich veräussert, so hat er, selbst wenn er sie später wieder zurückerworben hat, von nun an Zufall zu prästieren, und zwar auch denjenigen, welcher mit dem begangenem furtum in gar keinem Kausalzusammenhange steht (l. 1 § 25 D. eod.). Eine Verschärfung der Haftung tritt auch dann ein, wenn der Depositar ein Interesse an dem Vertrage hat; insbesondere wenn Geld blos zum Vorteil desselben, damit er es bei vorkommender Gelegenheit gebrauchen könne, deponiert worden ist, so muss er vom Augenblicke der Hinterlegung an die Gefahr tragen (l. 4 pr. D. de reb. cred. 12, 1), während das mutuum erst entsteht mit der Ingebrauchnahme. Einmal von diesem Gesichtspunkte aus und dann schon deshalb, weil er Eigentümer der vertretbaren Sachen wird, trägt der Depositar die Gefahr des zufälligen Unterganges beim depositum irregulare (l. 24 D. depositi 16, 3). Macht der Depositar ohne ausdrückliche oder stillschweigende Erlaubnis des Deponenten von der ihm anvertrauten Sache Gebrauch, so hat er die etwaigen Verschlechterungen zu ersetzen (§ 6 J. de obl. quae ex del. 4, 1; l. 1 § 6 D. depositi 16, 3), den zufälligen Schaden, auch wenn er nicht durch den Gebrauch entstanden ist, zu tragen (l. 1 § 25 D. eod.) und Geld zu verzinsen (l. 4 C. depositi 4, 34). Macht er den Gebrauch bewusst widerrechtlich in gewinnsüchtiger Absicht, dann begeht er damit ein furtum usus (Gaius III 196, 197; l. 46 § 7 l. 76 pr. D. de furt. 47, 2)

und muss das Doppelte des Wertes als Strafe zahlen (Gaius III, 190). Eine Verurteilung auf das duplum tritt auch ein beim sogen. depositum miserabile, d. h. der Hinterlegung im Falle von tumultus, ruina, naufragium, incendium etc., sofern der Depositar den Empfang der Sache ableugnet (l. 1 § 18 D. depositi 16, 3; §§ 17, 26 J. de action. 4, 6); die Klage hierauf stammt, wie wir schon oben (S. 36) sahen, aus den XII Tafeln und trägt deliktischen Charakter.

Auch die an und für sich schon strenge Haftung des Mandatars kann noch eine Erhöhung erfahren, so dass er auch die Gefahr des zufälligen Unterganges trägt. Das ist nach allgemeinen Regeln wiederum der Fall, wenn er sich mit der Rückgewähr von Sachen des Mandanten in Verzug befindet; er hat dann ausserdem noch Zinsen zu entrichten und das sonstige Interesse, vor allem die sogen. fructus percipiendi zu ersetzen. Zinsen hat er ferner zu leisten, wenn er Gelder des Mandanten in eigenem Nutzen verwendet hat (l. 10 § 3 D. mandati 17, 1); dass er dann auch die Gefahr für den zufälligen Verlust trägt, ist in den Quellen nicht besonders erwähnt, aber sicherlich nach Analogie des Depositum anzunehmen, ebenso dass er bei bewusst widerrechtlicher Benutzung in gewinnsüchtiger Absicht ein furtum usus begeht, welches mittels der actio furti eine Verurteilung in duplum nach sich ziehen kann. Unter Umständen wird der Mandatar casus auch dann zu vertreten haben, wenn derselbe als Folge der Überschreitung von Instruktionen des Mandanten eintritt (l. 36 § 2 D. mandati 17, 1). Endlich kann

der Mandatar die Haftung für Zufall von vorne herein durch Übereinkunft mit dem Mandanten übernehmen (l. 39 D. eod.). Andererseits aber wird sehr häufig auch die Haftung des Mandatars vertragsmässig herabgesezt werden, indem sich dieser zur unentgeltlichen Besorgung des Geschäftes nicht anders herbeilassen wird. Namentlich wird das geschehen beim mandatum rei custodiendae, wo oft der Mandatar nur versprechen wird, den Sachen die gleiche Sorgfalt wie den seinigen angedeihen zu lassen; ja es wird eine solche Haftung nur für diligentia quam suis unter Umständen auch ohne ausdrückliche Vereinbarung aus dem ganzen Inhalte des Vertrages zu vermuten sein. Auf diese Weise werden die beiden so nahe verwandten Kontrakte auch hinsichtlich der Haftung, bezüglich deren sie grundsätzlich so stark divergieren, einander angenähert.

Ist eine Sache bei mehreren hinterlegt worden oder haben mehrere zusammen eine Geschäftsbesorgung übernommen, so kann von jedem die Rückgabe der ganzen Sache resp. die Ausführung des Auftrages verlangt werden, denn die Obhut und Restitution, sowie die Ausrichtung eines Geschäftes ist grundsätzlich nicht teilbar; insofern besteht also eine Verpflichtung eines jeden der mehreren Depositare resp. Mandatare auf das Ganze. Selbstverständlich kann der Deponent resp. Mandant, wenn er von einem derselben befriedigt ist, von den übrigen nichts mehr fordern. Was die Haftung für Verschulden, die uns hier beschäftigt, angeht, so findet eine ungeteilte Haftung aller nur dann statt, wenn

sie dasselbe gemeinsam begangen haben; weisen sie dagegen nach, dass nur einen von ihnen die Schuld trifft, dann sind sie befreit und der einzelne Schuldige ist allein haftbar (l. 1 § 43 D. depositi 16, 3; l. 59 § 3 l. 60 § 2 D. mandati 17, 1).

Der Erbe des Depositars resp. Mandatars haftet für die von ihm selbst begangene Gewissenlosigkeit genau so wie sein Erblasser, er wird also z. B. wie dieser infam, wenn er dolos die Rückgabe der Sache vereitelt (l. 6 § 6 de his qui notant. infam. 3, 2), er wird im Falle des depositum miserabile, wenn er dasselbe wider besseres Wissen ableugnet, auf das Doppelte verurteilt (l. 1 § 1 D. depositi 16, 3; § 17 J. de action. 4, 6) usw. Ein Verschulden des Erben liegt natürlich dann nicht vor, wenn er die dem Deponenten oder Mandanten gehörige Sache irrtümlicherweise in dem Glauben, sie gehöre zum Nachlasse, veräussert; dann braucht er nur herauszugeben, was er dafür empfing, oder den erworbenen Anspruch zu cedieren (l. 1 § 47 l. 2 l. 3 l. 4 D. depositi 16, 3). Aber nicht nur für eigenes Verschulden hat der Erbe einzustehen, sondern er hat auch für den vom Erblasser verschuldeten Schaden vollen Ersatz zu leisten, gleichgültig ob er bereichert ist oder nicht (l. 7 § 1 D. depositi 16, 3; l. 12 D. de obl. et act. 44, 7). War die Haftung des Verstorbenen allerdings durch besondere in seiner Person liegende Umstände gesteigert, dann hat dies der Erbe nicht zu vertreten; hatte also z. B. der Erblasser den Empfang eines depositum miserabile abgeleugnet, so wird der Erbe doch nur auf das simplum verurteilt (l. 1 § 1 D. depositi 16, 3).

Mehrere Erben haften für eigenes Verschulden so, als ob ihnen gemeinsam die Sache in Verwahrung gegeben resp. der Auftrag erteilt wäre, also, wenn einer das Verschulden beging, nur dieser, andernfalls alle zusammen. Letzteres erleidet beim Depositum kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (l. 22 D. depositi 16,3) dann eine Ausnahme, wenn alle Erben in gleicher Schuld und gleich solvent sind; sie haften dann nur pro partibus. Für das Verschulden ihres Erblassers haften die Erben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile, selbstverständlich ebenso wie der einzelne Erbe in solidum, auf den vollen Ersatz ohne Rücksicht auf Bereicherung (l. 7 § 1 l. 9 l. 10 D. depositi 16,3; (l. 12 D. de obl. et act. 44,7).

e) Zur Geltendmachung seiner Rechte steht dem Deponenten die actio depositi directa, bei der Sequestration auch wohl actio depositi sequestraria oder actio sequestraria schlechthin genannt, zu; dieselbe kann nach unseren Ausführungen auch von den Erben des Deponenten erhoben und gegen die Erben des Depositars gerichtet werden. Die Klage, welche als actio bonae fidei (§ 28 J. de action. 4,6 l. 1 § 23 D. depositi 16,3) dem richterlichen Ermessen freien Spielraum gewährt, geht entsprechend dem Inhalt der Verpflichtungen des Depositars auf Rückgabe der Sache nebst allem Zubehör und allen Erträgnissen (res cum omni causa) sowie auf Ersatz des von dem Depositar zu vertretenden Schadens; das Zubehör kann jedoch nicht selbständig eingeklagt werden, daher wohl der merkwürdige Satz, dass

dasselbe als nicht mit hinterlegt gilt (vgl. S. 77). Die actio depositi kann auch von einem filius familias erhoben werden, und zwar mit der formula in factum concepta (l. 9 l. 13 D. de obl. et act. 44,7); doch ist es wohl, wie oben (S. 38 f.) dargestellt, nicht die Rücksicht auf die Haussöhne gewesen, welche zur Schaffung der merkwürdigen Doppelformel den Anlass gegeben hat, vielmehr ist der Grund in der geschichtlichen Entwickelung zu suchen. Die Verurteilung infolge der actio depositi directa macht infam (l. 1 D. de his qui not. infam. 3,2; l. 10 C. depositi 4,34; § 2 J. de poen. tem. litig. 4,16), denn es liegt eine grosse Treulosigkeit darin, dass der Depositar zu Unrecht die Rückgabe verweigert oder Schaden, den er verschuldet hat, nicht ersetzen will. Die Verunehrung greift jedoch nur Platz, sofern sich der Depositar eines dolus schuldig gemacht hat, und auch in diesem Falle vielleicht dann nicht, wenn dem Benehmen desselben kein geradezu unehrenhaftes Motiv zu Grunde lag; jedenfalls wird die Infamie in den Fällen der culpa lata, wenn auch nicht schlechthin, so doch in der Regel ausgeschlossen sein.[a] Die Klage gegen die Erben wegen Verschuldens des Erblassers wirkt nicht infamierend, wohl aber diejenige wegen eigenen dolosen Handelns (l. 6 § 6 D. de his qui not. infam. 3,2). Die Klage geht regelmässig auf das simplum (l. 1 § 1 D. depositi 16,3), nur im Falle der Ableugnung des depositum miserabile erfolgt Verurteilung auf das Doppelte

a) Mommsen a. a. O. S. 183, 207; Holzschuher a. a. O. § 273 Note 19; A. M. Schilling a. a. O. § 260 Zusatz 2, § 321 Note v.

(Collatio X 7,11; l. 1 § 1 D. depositi 16,3; § 3 J. de action. 4,6). Die Erben dagegen werden bei letzterem, wie schon (S. 96) bemerkt, sofern sie nicht selbst den Empfang arglistig ableugnen, nur auf das Einfache verurteilt, selbst dann, wenn die Klage intra annum gegen sie angestrengt wird. Das ist der Sinn von l. 1 § 1 l. 18 D. depositi 16,3,[a] nicht etwa besagen diese Stellen, dass die Klage aus dem depositum miserabile gegen die Erben nach Ablauf eines Jahres erlösche.[b] Hinsichtlich der Verjährung finden mithin in diesem Falle wie überhaupt bei der actio depositi keine Besonderheiten statt. Der Anspruch des Deponenten ist insofern privilegiert, als er im Fall einer unverzinslichen Hinterlegung bei einem mensularius (l. 24 § 2 de rebus auctor. judicis poss. 42,5) oder nummularius (l. 7 §§ 2, 3 l. 8 D. depositi 16,3) beim Konkurse des Depositars einen Vorzug vor den übrigen Gläubigern geniesst; ob man das aber auf die sonstigen Fälle des Depositum ausdehnen darf,[c] erscheint uns sehr zweifelhaft, da der Grund für diese Bestimmungen, die „utilitas publica", doch nur bei den genannten Personen zutrifft. Statt der persönlichen actio depositi kann der Deponent natürlich, wenn er Eigentümer ist, nach seiner Wahl (elektive Konkurrenz) auch die rei vindicatio erheben (l. 1 C. depositi 4,34); er hat fernerhin die actio ad exhibendum auf Vor-

a) Vangerow a. a. O. § 630; Schweppe a. a O. § 456 a. E.; Unterholzner a a O. § 661 Note y; Holzschuher a. a. O. § 271 Note 20 u. a.

b) Schilling a. a. O. § 273 Note t.; Glück a. a. O. S. 215.

c) Glück a. a. O. S. 224 ff.

legung (l. 33 D. depositi 16,3), und endlich steht ihm, falls sich der Depositar eines Gebrauchsdiebstahles schuldig gemacht hat, auch noch die condictio furtiva und die actio furti zu. Die letztgenannte dieser beiden Klagen geht auf das Doppelte als Strafe, sie konkurriert als reine actio poenalis mit der actio depositi kumulativ, d. h. der Deponent kann nach der erfolgreichen Durchführung der einen auch noch die andere anstrengen (Paulus II 12,15, l 29 pr. D. depositi 16.3; l. 3 C. depositi 4,34); das Gleiche gilt für das Verhältnis der actio furti und condictio furtiva unter einander. Dagegen konkurriert die condictio furtiva mit der actio depositi elektiv; hat eine von beiden zum Ziele geführt, dann ist damit die andere ausgeschlosen (l. 34 § 1 D. de obl. et act. 44,7); die condictio furtiva bietet aber für den Deponenten den Vorteil, dass sie auch durch den zufälligen Untergang der Sache nicht ausgeschlossen wird (l. 16 D. de condict furt. 13.1). Hat der Depositar die Sache an einen Dritten zur Verwahrung weitergegeben, so ist es fraglich, ob dem Deponenten gegen den zweiten Depositar ausser der rei vindicatio, welche ja sein Eigentum voraussetzt, auch die actio depositi als utilis zustehe, oder ob er sich von dem ersten Depositar dessen Klage gegen den zweiten abtreten lassen muss. Die Frage ist wohl dahin zu entscheiden, dass eine solche Cession nicht erforderlich ist, was auch durch Paulus sent. II, 12,8 bestätigt wird. Die dieser Annahme scheinbar widersprechende l. 16 D. depositi 16,3 hat nur einen besonderen Fall im Auge, dass nämlich der Unter-

depositar sich eines dolus schuldig gemacht hat; dann allerdings bedarf es der Abtretung der Klage, denn arglistig getäuscht ist ja nur der erste Depositar, nicht etwa der Deponent.[a] Hat jemand im Auftrag eines andern lediglich als Mittelsperson desselben eine Sache einem Dritten zur Aufbewahrung gegeben und letzterer sie auch in diesem Sinne angenommen, dann ist, wie bereits mehrfach (S. 53, 80) erwähnt, der Auftraggeber als Deponent anzusehen, er klagt mithin direkt nicht utiliter (l. 1 § 11 D. eod). Endlich wäre hier noch des Falles zu gedenken, dass bei der Hingabe der Sache Restitution an einen Dritten vereinbart ist; diesem steht dann eine actio depositi utilis auf Herausgabe zu (l. 8 C. ad exhib. 3,42).

Die Klage des Mandanten gegen den Mandatar ist die actio mandati directa; dieselbe zeigt mit der actio depositi directa grosse Ähnlichkeit. Ebenso wie diese kann sie im justinianischen Rechte sowohl von den Erben des Mandanten, als auch gegen die Erben des Mandatars erhoben werden, während das letztere zu Ciceros Zeiten — darin zeigt sich die ursprünglich deliktische Natur der Klage — noch zweifelhaft war (vgl. S. 42). Die actio mandati ist bonae fidei (§ 28 J. de action. 4,6; l. 2 § 3 l. 5 pr. l. 10 D. mandati 17,1); sie geht gemäss den Verpflichtungen des Mandatars vor allem auf Ausführung des Auftrages resp. im Unterlassungsfalle auf Leistung des vollen Interesses (l. 8 § 6 l. 27 § 2 D. eod). Je nach den Umständen kann sie

a) Vgl. Holzschuher a. a. O. § 271 Note 2; Schilling a. a. O. § 273 Note x; Glück a. a. O. S. 221 ff.

ferner zum Gegenstand haben Herausgabe des vom Mandanten Anvertrauten oder des bei der Ausführung Erworbenen, Abtretung von Klagen und Rechten, Ersatz alles durch Verschulden des Beklagten entstandenen Schadens, Ablegung von Rechnung u. s. w. Voraussetzung für die Klage ist natürlich stets ein Interesse des Mandanten; ist für diesen durch die Nichtausführung des Auftrages ein Schaden nicht entstanden, so kann er auch nicht klagen (l. 8 § 6 D. eod.; vgl. S. 91.). Die actio mandati directa gehört gleichfalls zu den actiones famosae (l. 1 D de his qui not. infam. 3,2; l. 2 J. de poen. tem. litig. 4,16); doch wird auch wohl hier in der Regel die Infamie nur bei dolus des Mandatars, jedenfalls nicht schon bei culpa levis desselben eintreten. Der Erbe wird natürlich wiederum nur dann infamiert, wenn er wegen eigenen dolosen Handelns verurteilt wird (l. 6 § 6 D. de his. qui not. infam. 3,3). Auch beim Mandat konkurriert elektiv mit der persönlichen Kontraktsklage die rei vindicatio auf Herausgabe solcher Sachen, die der Mandant als Eigentümer dem Mandatar anvertraute, oder die der letztere als offener Stellvertreter für ihn zu Eigentum erwarb. Weiterhin wird auch hier die actio ad exhibendum gegeben sein. Hat sich der Beauftragte eines furtum usus schuldig gemacht, so kann der Auftraggeber mit der actio furti und der condictio furtiva gegen ihn vorgehen (l. 22 § 7 D. mandati 17,1). Für den Fall, dass der Mandatar befugterweise die Ausführung des Auftrages einem Substituten übertragen hat, ist er gehalten, dem Mandanten

seine Ansprüche gegen denselben zu cedieren (l. 8 §§ 5, 10 l. 43 l. 59 D. eod.; l. 2 C. per quas person. nobis acquir. 4,27); jedoch hat dieses ebenso wie eine etwaige actio mandati utilis geringe Bedeutung, da der Mandant unmittelbar aus der unbeauftragten Geschäftsführung mit der actio negotiorum gestorum directa gegen den Substituten klagen kann. Hat der Mandatar unerlaubterweise einen Substituten bestellt, dann haftet er für das Verschulden desselben wie für das eigene (vgl. S. 76), und es wird sich in diesem Falle der Mandant mit der actio mandati gleich an ihn halten (§ 11 J. de mandato 3,26; l. 21 § 3 D. de neg. gest. 3,5; l. 2 § 1 D. si mens. fals. mod. dix. 11,6).

2. Nicht notwendig aber möglicherweise entspringen aus unsern beiden Verträgen auch Verpflichtungen des Deponenten resp Mandanten. Diese ergeben sich aus dem der Billigkeit entsprechenden Grundsatze, dass derjenige, welcher aus Gefälligkeit eine Verbindlichkeit übernimmt, aus derselben keinen Nachteil erleiden solle (l. 61 § 5 D. de furt. 47,2; l. 15 D. mandati 17,1; Paulus sent. V, 6, 11)

a) Der Hinterleger oder Auftraggeber soll sich demnach, bevor er den Kontrakt eingeht, mit aller Sorgfalt vergewissern, ob aus der Verwahrung oder der Ausführung des Geschäftes für den anderen Vertragsteil auch kein Schaden entstehen könne; hierbei haftet er, und das ist billig, da er ja das ausschliessliche oder doch überwiegende Interesse an der Leistung hat, für omnis culpa (l. 5 § 2 D.

commodati 13,6; l. 26 §§ 6, 7 D. mandati 17,1). Ja seine Haftung geht wohl sogar noch weiter und erstreckt sich, wenigstens bis zu einem gewissen Umfange, auch auf Zufall, wie wohl aus der allerdings vielumstrittenen l. 61 § 5 D. de furt. 47,2 zu entnehmen sein dürfte. Africanus behandelt in dieser Stelle den Fall, dass jemand einen Sklaven hinterlegt resp. den Auftrag zum Ankaufe eines solchen erteilt, und der Sklave ein Dieb ist und den Depositar resp. Mandatar bestiehlt. Der Jurist entscheidet nun dahin, dass der Deponent resp. Mandant den Schaden ersetzen müsse, „etiamsi ignoraverit furem esse"; denn der Geschädigte könne mit Recht geltend machen, dass er ohne den Vertrag den Schaden nicht erlitten haben würde. Es ist dieses Resultat auch durchaus billig, denn „wenn es sich einmal darum handelt, wer von den beiden Kontrahenten unter den Folgen der Unkenntnis leiden soll, so kann die Wahl nicht zweifelhaft sein". [a] Mit dem Gesagten scheint aber nun im Widerspruch zu stehen, dass der Jurist am Ende der Stelle von dem Vorliegen einer culpa spricht. Aus diesem Grunde haben zahlreiche Schriftsteller [b] die Haftung für Zufall ablehnen zu müssen geglaubt, indem sie annehmen, die Schuld liege in unserem Falle darin, dass der Hinterleger resp. Auftraggeber es unterlassen habe, von seiner Unkenntnis über den Charakter des Sklaven dem Gegenkontrahenten Mitteilung zu machen. Dem

a) Jhering Jahrb. 4. Bd. S. 34, 35.

b) Windscheid a. a. O. § 378 Anm. 6, § 410 Anm. 18; Hasse a. a. O. S. 413; Dernburg Pfandr. Bd. I S. 163; Unterholzner a. a. O. § 621 Anm. h. § 662.

gegenüber ist nun von anderen[a] wohl mit Recht geltend gemacht worden, dass hier culpa kein eigentliches Verschulden bedeute, sondern „vertretungspflichtige Verursachung, Schuld schlechthin und ohne weiteres, Verschulden gewissermassen“ („aliquatenus culpae reus est“: vgl. l. 5 § 6 de obl. et act. 44,7; § 3 J. de obl. quasi ex del. 4,5). Die Zurückführung der Haftpflicht auf eine culpa entspringe nur dem Bestreben der römischen Juristen, derselben eine subjektive Unterlage zu geben. Auch Eisele,[b] welcher diese abstrakte Handhabung des Schuldbegriffes verwirft, kommt auf anderem Wege zu demselben Resultat, dass der Mandant und somit auch der Deponent für zufälligen Schaden einzustehen habe. Dieses Resultat findet denn auch seine Bestätigung durch andere Stellen (l. 8 § 8 l. 15 l. 49 D. mandati 17,1; l. 17 pr. de in rem verso 15,3), wo von einem Verschulden des Mandanten durchaus nicht die Rede ist. Fraglich ist nur, bis zu welchem Grade der Zufall zu vertreten ist, denn dass der Deponent resp. Mandant nicht schlechthin für jeden Zufall aufzukommen habe, unterliegt wohl keinem Zweifel. Hier sind nun verschiedene Massstäbe angelegt worden; so will Maschke[c] den Mandanten resp. Deponenten nur von der Haftung für vis maior befreit sehen, während Mommsen[d] und ähnlich

a) Mommsen a. a. O. Bd. II S. 58 ff. 68 ff.; Unger a. a. O. S. 318 ff. 325 ff.; Jhering Jahrb. 4. Bd. S. 37; Maschke a. a. O. S. 132.

b) Eisele a. a. O. S. 332 ff.

c) Maschke a. a. O. S. 133.

d) Mommsen a. a. O. S. 62.

Eisele[a] unterscheiden wollen, je nachdem der Schaden seinen Grund hat in dem fest bestimmten Inhalt des Mandates oder ob dem Mandatar freier Spielraum gewährt war, so dass er den Auftrag auch auf andere Weise hätte ausführen können. Wir möchten mit Jhering,[b] dem auch Unger[c] wohl beistimmt, sagen, dass der Mandant zu ersetzen habe denjenigen Schaden, der den Mandatar durch das aufgetragene Geschäft trifft, nicht auch den, welchen er bei Gelegenheit der Ausführung desselben erleidet (vgl. l. 26 § 6 D. mandati 17,1). Das Entsprechende gilt dann auch für den Depositar. Voraussetzung für eine jede Ersatzpflicht ist natürlich, dass der Schaden nicht etwa durch Verschulden des Depositars resp. Mandatars selbst entstanden ist oder ein solches wenigstens bei der Entstehung mitgewirkt hat. Zu ersetzen ist grundsätzlich der volle Schaden, es kann sich also der Hinterleger resp. Auftraggeber nicht etwa durch noxae datio z. B. Hingabe des diebischen Sklaven befreien (l. 31 D. de pign. act. 13,7; l. 26 § 7 D. mandati 17,1); nur dann, wenn er selbst die schadenbringende Eigenschaft der Sache nicht kannte, muss es sich der Geschädigte mit der Auslieferung genügen lassen (ibid.).

Aus dem Prinzip, dass dem Depositar resp. Mandatar seine Gefälligkeit nicht zum Nachteil gereichen solle, entspringt weiterhin die Pflicht des

a) Eisele a. a. O. S. 351 ff.
b) Jhering Jahrb. 4. Bl. S. 37.
c) Unger a. a. O. S. 329 f.

Deponenten resp. Mandanten, ihnen alle durch die Ausführung des Vertrages entstandenen Kosten zu ersetzen. Beim Depositum können Auslagen entstehen teils durch die Verwahrung selbst, z. B. die Ernährung des hinterlegten Sklaven (l. 23 D. depositi 16,3), teils durch den Transport der Sache auf Verlangen des Deponenten an einen anderen Ort, als den, wo sie sich beim Vertragsschluss befand oder jetzt ohne Dolus des Verwahrers befindet (l. 12 pr. D. eod.). Zu ersetzen sind aber nur die notwendigen und auch wohl die nützlichen Auslagen, bezüglich der überflüssigen hat der Depositar, sofern der Deponent sie nicht freiwillig genehmigt, nur ein jus tollendi, und auch dieses nur, falls die Wegnahme ohne Schädigung der Sache möglich ist.

Beim Mandat hat kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (l. 12 § 17 D. mandati 17,1) der Mandant dem Mandatar auf sein Verlangen für künftige Auslagen Vorschuss zu leisten. Die Auslagen können gemacht werden entweder „in" Ausführung des Auftrages, d. h. derselbe war direkt auf die Aufopferung gerichtet (l. 3 § 1 l. 10 § 11 l. 45 D. eod.) oder aber, und das kommt beim mandatum custodiae allein in betracht, „bei" Ausführung des Auftrages, d. h. sie wurden zur Ermöglichung der Ausführung aufgewendet (l. 10 § 9 D eod.; l. 20 § 1 C. mandati 4,35). Die Ersatzpflicht umfasst aber auch hier nur die notwendigen Aufwendungen und diejenigen, welche der Beauftragte nach redlichem Ermessen als notwendige ansehen musste (l. 12 § 9 l. 27 § 4 l. 45 § 6 l. 56 § 4 D. mandati 17,1; l. 4 C. mandati 4,35);

für überflüssige Anschaffungen braucht der Mandant nur dann eine Vergütung zu leisten, wenn er sie genehmigt oder aber ihre Wegnahme nicht gestatten will (l. 10 § 10 D mandati 17,1). Hat der Mandatar bei Ausführung des Auftrages die ihm durch die Instruktionen des Mandanten gezogenen Grenzen überschritten — wann eine solche Überschreitung vorliegt, haben wir oben (S. 74 f.) gesehen, — so konnte er nach der Meinung der Sabinianer überhaupt keine Entschädigung für die gehabten Kosten verlangen, während die Proculianer ihm einen Ersatzanspruch bis zu der im Auftrage bestimmten Höhe einräumten (l. 3 § 2 D. eod.; Gaius III, 161); die letztere Ansicht ist als die „benignior sententia" in das justinianische Recht aufgenommen worden (l. 8 J. de mandato 3,26; l. 4 l. 22 pr. l. 33 D. mandati 17,1). Gleichgültig ist bei der Erstattung der Kosten, ob der Mandant selbst weniger gebraucht hätte (l. 27 § 4 D. eod.), gleichgültig ist auch, ob die Tätigkeit des Mandatars Erfolg gehabt hat oder nicht; konnte er z. B. ohne sein Verschulden den Auftrag nicht zu Ende führen (l. 56 § 4 D. eod. l. 1 C. mandati 4,35) oder verlor er den zu führenden Prozess (l. 4 C. eod), so ist er dennoch für den gehabten Aufwand zu entschädigen. Es kann sich jedoch der Auftraggeber auch ausdrücklich ausbedingen, dass er nur haften wolle, wenn das Geschäft völlig zustande käme (l. 36 §§ 2, 3 D. mandati 17,1) Eine Ersatzpflicht besteht natürlich dann nicht, wenn sich der Mandatar anheischig gemacht hatte, auf seine Kosten den Auftrag auszuführen

(l. 10 § 9 l. 12 § 17 l. 26 § 8 D. eod.). Was endlich den Umfang des Ersatzes angeht, so ist zu bemerken, dass unter Umständen das Ausgelegte auch zu verzinsen ist, nämlich einmal dann, wenn sich der Mandant mit der Erstattung in Verzug befindet, und ferner dann, wenn der Mandatar dadurch, dass er verzinslich angelegte Kapitalien einziehen oder Gelder gegen Zinsen aufnehmen musste, Zinsen einbüsste oder schuldig wurde (Paulus sent. II, 15,2; l. 12 § 9 D. mandati 17,1; l. 1 C. mandati 4,35).

Wenn der Mandatar zum Zwecke der Vollziehung des Auftrages Verbindlichkeiten eingegangen ist oder sein Vermögen mit Verpfändungen belastet hat, dann muss ihn der Mandant hiervon befreien (l. 45 pr., §§ 2, 3, 5 D. mandati 17,1) oder, wenn dies augenblicklich nicht möglich sein sollte, ihm Sicherheit leisten (ibid.); hat der Mandatar auf Grund dieser Verpflichtungen schon etwas geleistet, so hat er das ihm natürlich zu ersetzen (l. 26 § 8 l. 49 D. eod.; l. 46 D de procurat. 3,3), aber auch dann sogar hat er Ersatz zu leisten, wenn die Schuld zu Gunsten des Mandatars erlassen ist (l. 26 § 3 D mandati 17,1). Das Alles trifft nicht zu für den uns nicht näher interessierenden Fall, dass der Auftrag gerichtet ist auf die Übernahme einer Verbindlichkeit an Stelle des Auftraggebers; hier kann der Beauftragte nicht sofort Entbindung von der Schuld verlangen, sondern er kann erst dann, wenn er etwas hat leisten müssen, Ersatz fordern (l. 45 § 1 D eod.; l. 10 C. mandati 4,35).

Für das Depositum sind besondere Bestimmungen in den Quellen nicht gegeben, da der Fall wohl

kaum vorkommen dürfte, dass der Depositar zum Zwecke der Verwahrung Verpflichtungen eingehen muss; sollte er sich jedoch ereignen, so würde nach dem allgemeinen Grundsatze der indemnitas des Depositars wohl das Gleiche gelten wie beim Mandat.

Hat der Depositar resp. Mandatar dem Deponenten resp. Mandanten Ersatz leisten müssen, weil er die Sache nicht genügend bewacht hat, so dass ein Dritter dieselbe entwenden, zerstören oder beschädigen konnte, so kann er verlangen, dass ihm die Ansprüche gegen den letzteren abgetreten werden (l. 12 D. de re judic. 42,1, l. 52 § 3 D. de furtis 47,2).

Der Mandant muss endlich ein vorher bestimmt versprochenes Honorar zahlen (l. 7 D. mandati 17,1, l. 1 C. mandati 4,35), dagegen wird er aus dem generellen Versprechen eines Honorars, dessen Betrag erst nach Beendigung des Auftrags festgesetzt werden sollte, nicht verpflichtet (l. 56 § 3 D. eod. l. 17 C. eod.). Für unsere Betrachtung hat diese Frage keine Bedeutung, da die Aufbewahrung nicht zu den operae liberales gehört, bei denen ein Honorar mit verbindlicher Kraft vereinbart werden kann. Beim mandatum rei custodiendae wird wie beim Depositum das Honorar vielmehr stets den Charakter einer freiwilligen Remuneration tragen, zu deren Leistung eine rechtliche Pflicht des Deponenten oder Mandanten nicht besteht (vgl. S. 48 f.).

b) Haben mehrere gemeinschaftlich eine Sache in Verwahrung gegeben oder einen Auftrag erteilt, so haften sie für den Ersatz von Auslagen u. s. w.

ungeteilt, so dass jeder von ihnen auf das Ganze belangt werden kann; wegen einer Beschädigung des Depositars resp. Mandatars dagegen haftet nur derjenige, welcher sich derselben schuldig gemacht hat, es sei denn, dass sie alle oder keinen von ihnen die Schuld trifft, in welchem Falle wieder eine solidarische Haftung Platz greifen wird (l. 59 § 3 l. 60 § 1 D. mandati 17,1).

b) Stirbt der Deponent, so gehen, sofern keine abweichenden Bestimmungen getroffen sind, wie seine Rechte so auch seine Pflichten auf den Erben über. Sind mehrere Erben vorhanden, so haften sie für die Verbindlichkeiten ihres Erblassers nach dem Verhältnis ihrer Erbteile, für die erst nach dessen Tode entstehenden Verpflichtungen so, als ob sie die Sache gemeinsam hinterlegt hätten, d. h. für die Vergütung von Kosten u. s. w. jeder in solidum, für den Ersatz von Schaden nur der Schuldige. Stirbt der Depositar, so haben im Zweifel seine Erben wie die Pflicht, die Sache weiter zu verwahren, so auch das Recht, Entschädigung für Auslagen u. s. w. zu verlangen. Es kann jedoch ausgemacht werden, dass das Depositum durch den Tod eines Vertragsteiles erlöschen soll; dann bleibt aber immer noch bestehen die Pflicht des Deponenten resp. dessen Erben, den Erben des Depositars resp. diesem selbst die schon vor dem Todesfall gemachten Auslagen zu vergüten. Für die Verteilung dieser Pflicht unter mehrere Erben gilt dann das eben Gesagte (vgl. S. 63 f.).

Anders liegen die Verhältnisse beim Mandat,

da dieses in der Regel mit dem Tode eines Kontrahenten erlischt (vgl. S. 64 ff.). Für den Fall des Todes des Mandanten haben dessen Erben natürlich die Pflicht, dem Mandatar die bereits vor dem Todesfall entstandenen Kosten, Schäden u. s. w. zu ersetzen (l. 26 pr. l. 59 § 2 D. mandati 17,1; l. 12 D. de obl. et act. 44,7), und zwar werden sie hierfür wiederum pro partibus haften; dagegen sind sie nicht verpflichtet, den Mandatar für die erst nach diesem Zeitpunkt gemachten Auslagen u. s. w. zu entschädigen (§ 10 J. de mandato 3,26: l. 26 pr., § 1 l. 57 D. mandati 17,1). Von dieser Regel finden aber einige Ausnahmen statt, welche wir oben (S. 65 f.) schon eingehend besprochen haben, falls es sich nämlich handelt um einen erst nach dem Tode des Auftraggebers zu vollziehenden Auftrag, falls der Mandatar Aufwendungen gemacht hat in Unkenntnis des Todes des Mandanten, falls nicht mehr res integra war oder falls endlich die Erben freiwillig die Geschäftsführung genehmigen. In diesen Fällen haften die mehreren Erben dann so, als ob sie gemeinsam den Auftrag erteilt hätten, also für den Ersatz von Auslagen ungeteilt jeder aufs Ganze, für Zufügung von Schaden nur der Schuldige. Stirbt der Mandatar, so hat der Mandant selbstverständlich die Pflicht, dessen Erben die schon entstandenen Kosten, Schäden u. s. w. zu ersetzen — bei mehreren Erben wird der Anspruch pro partibus geteilt —, für die von den Erben selbst gemachten Auslagen braucht er sie nicht zu entschädigen (l. 27 § 3 D. eod.). Aber auch hier

finden Ausnahmen statt (vgl. S. 66 f.), wenn nämlich der Auftrag erst nach dem Tode des Mandatars zu vollziehen war, wenn nicht mehr mandatum integrum war, oder wenn der Mandant die Geschäftsführung der Erben freiwillig gutheisst.

d) Zur Geltendmachung seiner Rechte dient dem Depositar die actio depositi contraria (l. 5 pr. D. depositi 16,3), dem Mandatar die actio mandati contraria (l. 12 §§ 7—9 l. 54 D. mandati 17,1; l. 4 C. mandati 4,35). Die Klagen können vor dem gleichen Richter angestellt werden, vor welchem die actio directa anhängig war (Collatio X 2,5; l. 23 D. depositi 16,3). In welchem Umfange dieselben auch von den Erben des Depositars resp. Mandatars und gegen die Erben des Deponenten resp. Mandanten erhoben werden können, haben wir soeben gesehen. Der Inhalt der Klagen ergiebt sich aus den Verpflichtungen des Hinterlegers resp. Auftraggebers; sie können zum Gegenstand haben Ersatz von Schaden, Vergütung von Auslagen, Befreiung von Verbindlichkeiten, Abtretung von Ansprüchen gegen Dritte. Nur der Anspruch auf Zahlung des Honorars kann nicht im Wege der ordentlichen Klage, sondern muss in der extraordinaria cognitio geltend gemacht werden, ein Beweis dafür, wie zäh man an dem Gedanken, dass eine Bezahlung mit dem Wesen des Auftrages nicht vereinbar sei, festgehalten hatte (l. 7 l. 56 § 3 D. mandati 17,1 l. 1 C. mandati 4,35). Ein grosser Unterschied zwischen der actio mandati contraria und der actio depositi contraria besteht darin, dass die erstere,

abweichend von der Regel, dass nur die directa infamiert (§ 2 J. de poen. tem. litig. 4,16), Verunehrung des Verurtheilten zur Folge hat. Dies ist zwar von Manchen[a] bestritten, indem sie sich auf l. 6 § 7 D. de his qui not. infam. 3,2 stützen, wo Ulpianus sagt: „contrario judicio damnatus non erit infamis“ (vgl. Collatio X 2,4); den Widerspruch, dass derselbe Jurist unmittelbar zuvor (§ 5 eod.) zweifellos auch den Mandanten infam werden lässt, suchen sie, wie es schon der Scholiast zu den Basiliken tut, dadurch zu lösen, dass sie die infamierende Wirkung allein auf den von Ulpianus an der letztgedachten Stelle angeführten Fall beschränken wollen, dass jemand infolge eines Auftrages Bürgschaft leistete und nun mit der actio mandati contraria Ersatz für das von ihm Gezahlte verlangt. Auch dann wollen diese Schriftsteller die Infamie gelten lassen, wenn ausnahmsweise eine actio mandati directa nicht stattfindet und somit die contraria zur Hauptklage wird, was namentlich dann eintritt, wenn jemand unter Garantie einen Rat erteilt und der Empfänger durch die Befolgung desselben geschädigt wird (l. 41 D mandati 17,1; vgl. S. 47 Anm.[b]). Diese Annahmen sind aber u. E. nicht haltbar; denn den Fall mit dem Bürgen führt Ulpianus, wie das „utputa“ zur Evidenz zeigt, nur beispielsweise an, und wenn er sagt, das contrarium judicium infamiere nicht, so meint er damit wohl blos den Fall, dass die

---

a) Unterholzner a. a. O. § 618 Text und Note m. Die bei Glück a a. O. S. 320 Note 87 Citierten..

Klage sich nicht auf eine Arglist stützt.[a] Für den Fall des dolus des Mandanten findet also eine Infamierung statt; dass eine Verunehrung bei culpa levis und wahrscheinlich auch bei culpa lata nicht eintritt, gilt auch für die sonstigen actiones famosae (vgl. S. 98). Werden die Erben des Mandanten wegen eines Dolus ihres Erblassers verurteilt, so erleiden sie natürlich keine Einbusse an ihrer Ehre (l. 6 § 2 D. de his qui notant. infam. 3,2); wegen des eigenen arglistigen Handelns dagegen trifft auch sie die Infamie (§ 6 eod.).

Was die Geltendmachung der Gegenforderungen des Depositars resp Mandatars mittels der exceptio doli anlangt, so weichen unsere beiden Verträge hier vollkommen von einander ab. Während dem Mandatar nach den allgemeinen Grundsätzen ein Retentions- und Kompensationsrecht zusteht (§ 30 J. de act. 4,6; l. 10 § 9 D. mandati 17,1), sofern die Voraussetzungen, also namentlich Konnexität resp. Gleichartigkeit der Forderungen, gegeben sind, sind dem Depositar diese Rechte selbst für Gegenforderungen aus dem Depositum versagt (l. 11 pr. C. depositi 4,34; l. 1 C. de compensat. 4,31; § 30 J. de act. 4,6). Des Kompensationsrechtes entbehrte der Depositar schon nach älterem Rechte (Paulus sent. II, 12,12), jedoch war ihm hier ein Retentionsrecht wenigstens wegen der auf die Sache verwendeten Kosten gewährt (Collatio X 2,6). Dass letzteres wegen notwendiger Kosten auch noch im

a) Glück a. a. O. S. 320 ff.; Holzschuher a. a. O. § 273 Note 19; Schilling a. a. O. § 321 Note v.

justinianischen Rechte gelte, haben einzelne Autoren[a] behauptet; die Gründe aber, auf welche sie diese ihre Behauptung stützen, entspringen lediglich Erwägungen der Billigkeit und vermögen vor der Tatsache, dass alle älteren Stellen, welche von einem Retentionsrecht des Depositars handelten, mit Konsequenz ausnahmslos in den justinianischen Quellen weggelassen sind, sowie vor der positiven Bestimmung der l. 11 C. depositi 4,34, welche ganz allgemein und absolut jede Kompensations- und Retentionsbefugnis ausschliesst, nicht stand zu halten; so denn auch die herrschende Meinung.[b] Auch durch die nov. 88 cap. 1, welche die zitierte Konstitution aufhebt (vgl. S. 83), ist hier eine Änderung nicht erfolgt, denn Justinian sagt in derselben ganz ausdrücklich, dass er das Depositum noch mit mehr Privilegien ausstatten wolle, als zuvor. Wie aber in so mancher Hinsicht, so dürfte auch hier häufig im Wege der Parteivereinbarung eine Annäherung beider Kontrakte dadurch herbeigeführt werden, dass der Mandatar auf sein Kompensations- und Retentionsrecht verzichtet. Namentlich wird das beim mandatum rei custodiendae vielfach der Fall sein, indem sich der Mandatar nicht nur verpflichtet, die Sache zu verwahren, sondern auch sie jederzeit auf Verlangen ohne Widerrede zurückzugeben und seine Gegenansprüche, falls diese bestritten werden sollten, klageweise geltend zu machen.

a) Seuffert a. a. O. § 316 Note 16. Die bei Glück a. a. O. S. 199 Note 37 Citierten.

b) Windscheid a. a. O. § 378 a. E.; Brinz a. a. O. Bd. II S. 609; Glück a. a. O. S. 202 ff.; Dernburg Pand. Bd. II § 92 Compens. S. 500, 513 ff.; Unterholzner a. a. O. § 660 Text und Note p; Sintenis a. a. O. § 112 Note 28.

Schluss.

Fassen wir nun am Schlusse unserer Betrachtung deren Ergebnis in aller Kürze zusammen, so sehen wir, dass beide Kontrakte sowohl hinsichtlich ihres ganzen Wesens, als auch in ihren Einzelheiten ausserordentlich viel Gemeinsames haben; andererseits aber bestehen auch zwischen ihnen solche grundlegenden Verschiedenheiten, dass die wohl für das BGB. auftauchende Frage,[a] ob das Depositum nur als eine Unterart des Mandates zu betrachten sei, als ausgeschlossen erscheint, ausgeschlossen schon deshalb, weil die beiden Verträge verschiedenen Kontraktsgruppen angehören. Alle die mannigfachen Unterschiede können aber zur Beantwortung der Frage nach der Grenze zwischen den beiden Verträgen nicht dienen, denn sie sind nur das Sekundäre, nicht das das Wesen des Rechtsgeschäftes Bestimmende, und unterliegen zudem der Verschiebung durch Parteiabrede. Zunächst muss vielmehr die Grenze gefunden werden, und dann erst vermag man zu sagen, ob die Hingabe der

a) Vgl. Schneider a. a. O. § 14.

Sache contrahendi causa oder solvendi causa geschieht, wie der Verwahrende haftet, ob derselbe zur Retention und Kompensation berechtigt ist oder nicht u. s. w. Die Grenze aber liegt, das haben wir nachzuweisen versucht, in dem Masse der von dem Verwahrenden zu leistenden Tätigkeit, nicht abstrakt ein für alle Male bestimmbar, sondern nach den Umständen des Einzelfalles zu ermitteln.